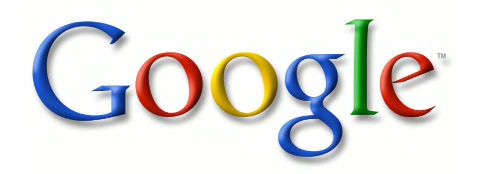


Wenn Sie meine Bitte erfüllen und mir bey Madam K. ein Halsbinde ~~zu~~ bestellen. Sie würden unendlich verbinden

Ihr [illegible]

Resolution

dem Petitanzu deferiren

[illegible]

ganz gehorsamst [illegible]

B.



Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen nach deren neuesten Ausgabe

von

D. Ludwig Julius Friedrich Höpfner

mit dem Bildnisse des Verfassers.

Siebente Auflage, von Neuem durchgesehen, mit einigen Anmerkungen und Zusätzen begleitet

von

D. Adolph Dieterich Weber.

Mit Römisch-Kaiserl. Königl. Preußisch- und Churfürstl. Sächsischen allergnädigsten Freyheiten.

Frankfurt am Main 1803.

bey Varrentrapp und Wenner.

Wir Franz der Zweyte von Gottes Gnaden Erwählter Römischer Kaiser, zu allen Zeiten Mehrer des Reichs, König in Germanien, zu Hungarn, Böheim, Dalmatien, Croatien, Slavonien, Galizien, Lodomerien und Jerusalem, Erzherzog zu Oesterreich, Herzog zu Burgund und zu Lothringen, Großherzog zu Toscana, Großfürst zu Siebenbürgen, Herzog zu Mailand, Mantua, Parma ꝛc. gefürsteter Graf zu Habsburg, zu Flandern, zu Tyrol ꝛc. ꝛc. ꝛc.

Bekennen öffentlich mit diesem Brief, und thun kund allermänniglich, daß Uns Johann Friedrich Varrentrapp und Johann Conrad Wenner, Buchhändler in Unserer und des Reichs Stadt Frankfurt, unterthänigst zu vernehmen gegeben, wasmaßen das über Doktors Ludwig Friedrich Höpfners theoretisch-practischen Commentar über seine neueste Ausgabe der Heineccischen Institutionen, in Quarto, von Unsers in Gott ruhenden Herrn Oheims, Kaiser Josephs des Zweyten Majestät und Liebden, ihnen unterm funfzehnten Julius siebenzehenhundert drey und achtzig ertheilte Druckprivilegium schon allbereits erloschen seye, sie aber sothanes Werk noch ferners zum offenen Druck zu befördern Willens seyen, hierbey jedoch einen ihnen schädlichen Nachdruck besorgten, derohalben Uns sie allerunterthänigst bäten, daß Wir ihnen diesfalls mit Unserm Kaiserlichen Druck-Privilegio auf anderweite zehen Jahre zu statten zu kommen, gnädigst geruhen möchten. Wenn wir nun mildest angesehen solche der Supplikanten demüthigst ziemliche Bitte; als haben Wir ihnen, ihren Erben, und Nachkommen, die Gnade gethan, und Freyheit gegeben, thun solches auch hiemit wissentlich in Kraft dieses Briefs, also und dergestalt, daß bemeldte Varrentrapp und Wenner, ihre Erben, und Nachkommen, obbesagten Doktors Höpfners Commentar über seine neueste Ausgabe der Heineccischen Institutionen, noch ferners in offenen Druck auflegen, ausgehen, hin und wieder ausgeben, feil haben, und verkaufen mögen, auch ihnen sothanes Werk Niemand, ohne ihren Consens, Wissen oder Willen, innerhalb zehen Jahren, von Ablauf der vorigen anzurechnen, im heiligen römischen Reich, weder unter diesem, noch andern Titul, weder auch in größerer noch kleinerer Form, nachdrucken und verkaufen solle. Und gebieten darauf all- und jeden Unsern und des heiligen Reichs Unterthanen, und Getreuen, insonderheit aber allen Buchdruckern, Buchführern, und Buchhändlern, bey Vermeidung einer Pön von fünf Mark löthigen Golds, die ein jeder, so oft er freventlich hierwider thäte, Uns halb in Unsere Kaiserliche Kammer, und den andern halben Theil mehr besagten Supplikanten, oder deren Erben und Nachkommen unnachläßig zu bezahlen verfallen seyn solle, hiemit ernstlich, und wollen, daß ihr, noch einiger aus euch selbst, oder jemand von euretwegen, obangeregten Commentar, innerhalb den weiters bestimmten zehen Jahren, nicht nachdrucket, distrahiret, feil habet, umtraget, oder verkaufet, noch auch solches andern zu thun gestattet, in keinerley Weis, noch Wege, alles bey Vermeidung Unserer Kaiserlichen Ungnade, und vorangesetzter Pön, auch Verlierung desselben eueren Drucks, den vielgemeldte Supplikanten, ihre Erben und Nachkommen, oder deren Befehlshaber, mit Hülfe und Zuthun eines jeden Orts Obrigkeit, wo sie dergleichen bey euch, oder einem jeden finden werden, alsogleich aus eigener Gewalt, ohne Verhinderung männiglichs, zu sich nehmen, und damit nach ihrem Gefallen handeln und thun mögen; hingegen sollen sie, Varrentrapp und Wenner, schuldig und verbunden seyn, bey Verlust dieser Kaiserlichen Freyheit, die gewöhnlichen fünf Exemplarien von dem ganzen Werk zu Unserm Kaiserlichen Reichshofrath zu liefern, und dieses Privilegium voranzudrucken zu lassen. Mit Urkund dieses Briefs, besiegelt mit Unserm Kaiserlichen aufgedruckten Insiegel, der gegeben ist zu Wien den achten Tag, Monats Oktobers, im Jahre siebenzehenhundert drey und neunzig, Unserer Reiche, des Römischen, wie auch des Hungarischen und Böhmischen im zweyten.

Franz.

(L. S.)

Vt. F. zu Colloredo-Mannsfeld.

Ad Mandatum Sacr Caes.
Majestatis proprium.

J. G. v. Hoffman

Vorrede zur siebenten Ausgabe.

Die Herren Varrentrapp und Wenner in Frankfurt am Main haben mir aufgetragen, Höpfners theoretisch-praktischen Commentar über die Institutionen, zum Zweck einer neuen Ausgabe desselben, durchzusehen, nöthigen Falls zu berichtigen und diejenigen Zusätze beyzufügen, welche, soweit der Plan des ganzen Werks es gestattet, besonders nach den Fortschritten der neuern juristischen Litteratur erforderlich seyn dürften. Schon dem Andenken des würdigen Verfassers, meines verewigten Freundes, glaubte ich die Erfüllung dieses Antrags schuldig zu seyn. Höpfner hat durch den Commentar über die Institutionen sehr großen Nutzen gestiftet. Dieser ist so entschieden, der allgemeine Beyfall, den das Buch gefunden, und den es sich immer erhalten hat, durch die Reihe der Ausgaben, welche davon seit seiner ersten Erscheinung (1783.) veranstaltet worden sind, so bewahrheitet, daß es durchaus überflüssig seyn würde, zum Lobe eines so gemeinnützlichen Werks hier noch ein Wort zu sagen. Höpfner, dessen Leben, Talente und Verdienste schon ihre Darstellung von der Meisterhand eines verdienstvollen Biographen erhalten haben (1), gehörte nicht zu den Gelehrten, welche, censurae impatientes — durch Widerspruch und Tadel Anderer wohl gereizt, aber nicht belehrt werden können; er bewies bey jeder neuen Ausgabe dieses Werks, daß es ihm nur um Wahrheit, und um einen solchen Vortrag derselben zu thun war, wodurch der Hauptzweck, Anfängern die Sache zu erleichtern, desto eher erreicht werden konnte. Dabey suchte er auch dem geübtern Leser durch beyläufige Bemerkungen und durch weitere Nachweisung von Zeit zu Zeit nützlicher zu werden. Nicht leicht ließ er eine erhebliche Berichtigung in den Materien, die hier vorkommen, und die Gelegenheit, sie durch seinen Commentar gemeinkündig zu machen, unbenutzt.

Nach Möglichkeit bin ich nun bemüht gewesen, dem Plane des Verfassers zu folgen, vorzüglich die Fortschritte in der Cultur des Civilrechts seit der vorigen Ausgabe zu bemerken, danächst aber auch da, wo es mir die Richtigkeit und Vollständigkeit zu erfordern schien, Manches aus Gesetzen, allgemeinen Rechtsgründen und zur nähern Erläuterung in beider Rücksicht aus der ältern Litteratur zu ergänzen.

Eigentliche Abänderungen des Vortrags in der Sache selbst habe ich mir nicht, wohl aber an mehrern Stellen kleine Berichtigungen des Ausdrucks, und solche Einschaltungen erlaubt, die mit den Behauptungen des Verfassers, und den von ihm angenommenen Grundsätzen an sich

(1) Höpfner's Leben und Charakter von H. B. Wenck. Frankfurt am Main 1797.

durchaus vereinbarlich waren, und von denen ich mir sagen durfte, daß der Verfasser selbst sie von dieser Seite nicht gemißbilligt haben würde. Eine genauere Vergleichung mit der vorigen Ausgabe, die ich überhaupt bey der Beurtheilung der gegenwärtigen voraussetze, wird es ergeben, in wie fern ich auf diesem Wege meinen Zweck, dem Leser und besonders dem Anfänger das Werk noch nützlicher zu machen, erreicht habe. Andere Zusätze hingegen, bey denen ich eine solche Zustimmung des Verfassers nicht so unbedingt annehmen durfte, oder wobey ich es doch überhaupt nöthiger fand, solche sogleich als die meinigen kennbar zu machen, sind größtentheils durch Parenthesen, durch die Zeichen — — (*) und durch den Buchstaben W. von dem eigenen Vortrage des Verfassers unterschieden. Meistens kommen diese nur in den Noten, bey einigen wenigen Stellen aber auch im Texte selbst mit vor, wenn es nemlich darauf ankam, zumal den jüngern Lesern, sogleich eine richtige Ansicht der Sachen zu erleichtern, gewissen Schwierigkeiten, die der Vortrag selbst veranlassen konnte, zuvorzukommen, oder doch eine vollständigere Kenntniß der Gegenstände zu befördern. Eigentliche Bestreitungen der von dem Verfasser angenommenen Lehrsätze, oder die Beantwortung der ihm von Andern gemachten Einwürfe, und alles was er selbst nach seinem Plane den Noten vorzubehalten pflegte, ist auch jetzt nur in diesen hinzugefügt worden.

Nach dem Zwecke dieses Institutionen-Commentar's, und nach der Bogenzahl, die bey der neuen Ausgabe, ohne das Werk zu sehr zu vertheuern, noch hinzu kommen durften, habe ich mich natürlich bey den Zusätzen einschränken müssen. Doch habe ich alle Sorgfalt angewandt, Sachen von Wichtigkeit, die hier noch zu sagen nöthig waren, und erhebliche Beyträge der neuern Litteratur nicht zu übergehen. Dieß und überhaupt der Werth des von mir Geleisteten bleibt billig dem Urtheile sachkundiger Leser überlassen. Sehr lieb und willkommen wird mir übrigens jede Anzeige zur Berichtigung meiner Zusätze, und überhaupt zu irgend einer noch möglichen Verbesserung des ganzen Werks seyn. Gerade bey Büchern, die vorzüglich zum Unterricht der Anfänger bestimmt sind, ist dieses doppelt zu wünschen.

Die Entfernung des Druckorts hat, bey aller von der Verlagshandlung angewandten Sorgfalt, doch verschiedene Fehler unvermeidlich gemacht. Ich bitte nach dem beygefügten Verzeichnisse die bemerkten Stellen zu berichtigen, und das Uebrige gütigst zu entschuldigen.

Rostock den 14ten März 1803.

D. A. D. Weber.

PROOEMIUM.

Das positive Recht oder der Inbegriff von Gesetzen, die in einem Staate gegeben oder eingeführt sind (§. 31.), kann theils aus einheimischen Gesetzen bestehen, die für diesen Staat ursprünglich angeordnet, theils aus fremden Rechten, welche in demselben von der Gesetzgebung als geltende Vorschriften anerkannt sind. In Deutschland haben wir beydes, einheimische Reichs- und Landsgesetze, auch auswärtige bey uns aufgenommene Rechte. Diese sind das Römische, das Päbstliche oder Canonische Recht, und das Longobardische Lehenrecht. Wie und in wie fern ihnen eine Gültigkeit in Deutschen Gerichten zugestanden ist, wird sich in der Folge näher zeigen. Früher aber als irgend ein anderes Recht, selbst das Naturrecht nicht ausgenommen, ist das Römische wissenschaftlich bearbeitet worden, und es zeichnet sich auch durch seinen innern Gehalt als ein Schatz ächter Rechtsprincipien und richtiger Bestimmungen vorkommender Gegenstände vor manchen andern ältern und neuern positiven Gesetzen vortreflich aus (*1). Dieser innern Beschaffenheit, und dem großen Ansehen, welches ihm überdem äußerlich beygelegt ward, hat man es zuzuschreiben, daß es gleich bey seiner Einführung in Deutschland, als das vorzüglichste Recht, und in der Folge als die Grundlage aller übrigen angesehen ward; daß also auch der Academische Unterricht hauptsächlich von Römischen Grundsätzen ausging, und diese gleichsam als die Regel und als Fundament der ganzen Rechtswissenschaft vorgetragen wurden. In diesem Besitze ist es auch in so fern bis auf den heutigen Tag geblieben, daß wenigstens eine Menge allgemeiner Begriffe und Grundsätze, die in den übrigen Theilen vorausgesetzt werden, aus dem Römischen Rechte zu entlehnen sind, und man daher nicht leicht in irgend einem andern positiven Rechtstheile fortkommen kann, ohne jenes vorher erlernt zu haben. Man versteht aber, wenn hier vom Römischen Rechte die Rede ist, nicht alle in dem Römischen Staate von dessen Gründung an, bis auf den Untergang des Griechischen Kaiserthums gegoltenen Gesetze, sondern eigentlich die vom Kaiser Justinian veranstalteten Gesetzbücher mit einigen neuern Verordnungen desselben. W.

Die Institutionen sind nun Anfangsgründe des Römisch-Justinianeischen Rechts (§. 8.), und dieses Recht ist in dem sogenannten *Corpore iuris civilis* enthalten. Der Lehrling der Institutionen muß sich also vor allen Dingen eine historische Kenntniß dieses Buches erwerben, und dazu wird in diesem Proömium Anleitung gegeben. Es wird darin gezeigt, was die Veranlassung zur Verfertigung des Römischen Gesetzbuches war (§. 1. 2.);

wer es verfassen ließ (§. 3. 4.); aus welchen Theilen es besteht (§. 5:14.); und welches Ansehen es in unserm deutschen Vaterlande hat (§. 15. 16. 17.). Ich werde dieses Proömium kurz, doch hinlänglich erläutern. Eine ausführlichere Nachricht von dem Römischen Gesetzbuche muß man bey den Rechtsgeschichtschreibern suchen; unter welchen ich Krause (*1), Hoffmann (*2), Brunnquell (*3), Heineccius (*4), Bach (*5) und Hugo (*6) vorzüglich empfehle.

(1) J. C. Krause Geschichte der wichtigsten Begebenh. des heut. Europa. I. 235.

(2) *Christ. Gottfr. Hoffmanni* historia iuris romano-Iustinianei etc. praemittitur *Christ Thomasii* delineatio historiae iuris civilis, accesserunt *Franc. Hottomanni* Antitribonianus, et praefatio de utilitate et necessitate historiae iuris romani Lips 1718. in 4. Dieses Buch ist ein förmlicher Commentar über die ersten 70§§. von *Thomasii* delineat. hist. iur. rom. Darauf erschien *Christ. Godfr. Hoffmanni* hist. iur. rom. Iustin. Vol. II. Es enthält I. Fragmenta legum regiarum; II. Collationem legum Graecarum; III. Fragmenta XII. Tabularum; IV. Edictum perpetuum. Alsdann folgen noch einige fremde Arbeiten, nemlich *Car. Breti* ordo perantiquus judiciorum und *Renati Bottereau* Hadrianus legislator. Endlich wurde im Jahr 1734. der erste Band wieder aufgelegt. Er ist ganz umgearbeitet, und nicht mehr Commentar, sondern ein für sich bestehendes Werk. Doch ist *Thomasii* delineatio etc. angehängt. Auch ist noch beygedruckt: *Io Seldeni* diss. histor. ad Fletam und *Virginii Valsechii* epistola de veteribus Pisanae civitatis constitutis. Uebrigens enthält die erste Ausgabe manches, was in der zweyten fehlt, und die erste ist daher auch dem Besitzer der andern nicht völlig entbehrlich.

(3) *Io. Sal. Brunnquelli* historia iuris romani et germanici. Die erste Ausgabe kam zu Jena 1727. in 8. heraus, die zweyte verbesserte und vermehrte zu Amsterdam im Jahr 1730. Eine dritte unveränderte wurde eben daselbst im Jahr 1738. besorgt. Diese bekam im Jahr 1740. ein neues Titelblatt mit der Aufschrift: editio tertia prioribus multo auctior. Sie enthält aber keine Vermehrungen, als die vorgesetzte Lebensbeschreibung des Verfassers. Ich schätze diese Rechtsgeschichte hauptsächlich der sehr reichlich beygebrachten Litteratur wegen.

(4) *Io. Gottl. Heineccii* historia iuris civilis romani et germanici. Man muß sich aber keine ältere Ausgabe dieses Buches anschaffen, als die vom Jahr 1751. denn in dieser und der folgenden vom Jahr 1765. sind Joh. Daniel Ritters und Joh. Martin Silberrads Anmerkungen beygefügt, welche viele wichtige Zusätze und Verbesserungen enthalten, und welche auch eigentlich allein dem Buche einen Werth geben.

(5) *Io. August. Bachii* historia iurisprudentiae romanae. Editio V. observatt. auxit. *A. C. Stockmann* Lips. 1796. Ein unsterbliches Meisterwerk. Sehr nützlich sind dabey die Tabellen zu brauchen, welche Hr. Prof. Haubold (Leipz. 1790.) herausgegeben hat.

(6) Hugo Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts bis auf unsre Zeiten, zweyte Ausgabe. Berlin 1799. in 8. voll neuer und scharfsinniger Ideen. Aeusserst interessant für Freunde der Litteratur sind: Hambergers Anmerkun-

gen über *Gravinae* orig. iur. civ. in dessen opusc. p. 317. sqq. — — Sehr unterrichtend ist auch Eduard Gibbons historische Uebersicht des Römischen Rechts; oder das 44ste Capitel der Geschichte des Verfalls des Römischen Reichs; aus dem Englischen übersetzt mit Anmerkungen von Hugo Göttingen 1789. Noch verdient bemerkt zu werden *C. A. Günther* historia iuris Romani. Helmstadii 1798. *W.*

§. 1. Veranlassung des Römischen Gesetzbuches.

Was war also die Veranlassung zur Verfertigung des corporis iuris? Nichts anders als die ungeheure Menge der Römischen Gesetze, und die daher entstandenen schädlichen Folgen, Ungewißheit der Gesetze und Schwierigkeit das Römische Recht zu lernen. Der Römische Staat hat seine Regierungsform mehr als einmal verändert. Vom Anfang hatte er Monarchen unter dem Königstitel; alsdann eine republikanische Verfassung; endlich wieder Monarchen mit dem Titel Imperator und Caesar. In jeder dieser Perioden wurden neue Gesetze gemacht, ohne darum die alten gänzlich abzuschaffen. 1) Die Könige, vorzüglich Romulus, Numa und Servius Tullius, gaben mancherley Verordnungen, deren Fragmente einige neuere Schriftsteller gesammelt haben, am besten Merula und Hoffmann (*1). 2) Als der Staat frey war, verlohren die königlichen Gesetze darum nicht ihr ganzes Ansehen, sondern man behielt manches davon als Gewohnheitsrecht bey. Es wurden aber auch neue Gesetze gemacht; *leges centuriatae, plebiscita* und *senatus consulta,* von deren Beschaffenheit der Titel de iure naturae, gentium et civili, Nachricht geben wird. Man ließ ferner 3) durch eine Gesetzcommission (Decemviros LL. scribendis) ein Gesetzbuch verfassen, das theils aus Griechischen, theils aus einheimischen Gesetzen bestand. Es ist unter dem Namen *leges XII tabularum* berühmt. Dazu kamen 4) viele Gewohnheitsrechte, die im Römischen Staate nach und nach herrschend wurden, und die in dem angeführten Titel de iure nat. gent. et civ. ebenfalls näher beschrieben werden sollen. Als 5) die Kayser auf den Thron kamen, gaben sie neue Gesetze in großer Zahl, und von mancherley Art, die unter dem Namen *constitutiones Imperatorum* oder *Principum* begriffen werden. Dazu kamen 6) die Schriften der Rechtsgelehrten, welche zur Zeit des Freystaats und unter den Kaysern gelebt hatten. Auch dieser waren sehr viele, und die Behauptungen angesehener Rechtsgelehrten wurden wie Gesetze respectirt. Schon Livius am angeführten Orte sagt: die Römischen Gesetze machten einen immensum cumulum aliarum super alias acervatarum legum aus. Und doch fehlten zu seiner Zeit noch die vielen kayserlichen Verordnungen, wodurch das Römische Recht nachher einen beträchtlichen Zuwachs erhielt (*2). Daß diese Weitläuftigkeit des Römischen Rechtes mancherley nachtheilige Folgen haben mußte, ist offenbar. Es

entstand daraus erstlich eine große Ungewißheit des Rechtes; denn wer konnte alle diese Gesetze wissen? Bey manchen war es zweifelhaft, ob und wie viel rechtliche Autorität sie hätten. Daß sie endlich auch einander oft widersprachen, läßt sich leicht denken. Die zweyte schädliche Folge war, daß die Jurisprudenz eine äußerst weitläuftige, dornichte und unangenehme Wissenschaft seyn mußte, welche gründlich zu lernen, nur wenige Menschen Lust, Muth oder Fähigkeit genug hatten. Justinian, ein Römisch-Orientalischer Kayser im sechsten Jahrhundert, hielt es daher für nöthig, eine Reforme in der Legislation und Jurisprudenz zu machen. Er ließ ein neues Gesetzbuch entwerfen, das Vorzüglichste aus jener großen Menge von Gesetzen und juristischen Schriften ausheben und ordnen, gab dem Buche rechtliches Ansehen, und schaffte alle übrigen Gesetze ab. Dieß ist das Buch, das unter dem (modernen) Namen *corpus iuris civilis* oder *romani* so berühmt geworden ist, als wenige Bücher, und wenige oder keine einzige andere Sammlung bürgerlicher Gesetze. Es besteht aus vier Theilen, den Institutionen, den Pandecten, dem Codex und den Novellen, die nun sämtlich bald ausführlicher beschrieben werden sollen.

(1) *Merula* de LL. romanorum cap. 2. 3. 4. 5. 6. pag. 30-101. in operibus posthumis. Lugd. 1684. *Christ. Godofr. Hoffmann.* hist. iur. rom. Vol. 2. Part. 1. pag. 1. sqq.

(2) Um die große Menge der Römischen Gesetze zu beweisen, führt *Merill.* obs. lib. 1. cap. 1. und aus ihm Heineccius eine Stelle des *Eunap.* in vita Aedesii (eines Schriftstellers des vierten Jahrhunderts) an, wo es heissen soll, viele Kameele hätten an diesen Gesetzen zu tragen gehabt. Allein diese Stelle sagt etwas ganz anders. Eunapius redet von gewissen Pseudo-Philosophen, die auf dem Markte erschienen und einen Sack voll Documente mit sich führten, an welchem viele Kameele zu tragen hätten. Man findet die vollständige Stelle des Eunapius bey *Arnaud.* coniect. lib. 1. cap. 30. mit kritischen Verbesserungen.

§. 2. Vor Justinian waren schon Gesetzsammlungen projectirt worden.

Schon lange vor Justinian sollen auch Andere den Gedanken gehabt haben, ein Römisches Gesetzbuch zu verfassen. Man sagt, 1) Cicero sey dazu entschlossen gewesen; allein die Sage ist ohne Grund, und beruht auf einem blossen Mißverständnisse. Daß Cicero ein Buch de iure civili in artem redigendo geschrieben habe, sagt Gellius am angeführten Orte. Aber er selbst (*1) gibt eine solche Idee davon, daß man sieht, es war ein kurzes System des Römischen Rechts, Institutionen; kein Gesetzbuch, keine Sammlung Römischer Gesetze. Auch 2) Pompejus soll mit dem Gedanken an eine Gesetzsammlung umgegangen seyn. Allein erst Isidor, ein Schriftsteller des siebenten Jahrhunderts, sagt dieses; und kein gleichzeitiger Autor. Die Nachricht ist also zweifelhaft. Gewisser ist, daß 3) Julius Cäsar dieß Vorhaben gehegt hat. Suetonius, ein gültiger Zeuge,

sagt: Cäsar habe viele grosse Projecte gehabt; unter andern habe er wollen ius civile ad certum modum redigere, atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros. Talis agentem atque meditantem mors praevenit. Endlich unternahm Kayser Justinjan dieses Werk, und brachte es zu Stande.

(1) Cic. de orat. lib. I. cap. 42.

§. 3. Lebensumstände Justinians.

Billig müssen wir diesen, den Rechtsgelehrten so merkwürdigen Regenten genauer kennen lernen. Am ausführlichsten hat Ludewig (*1) sein Leben beschrieben. Er war von geringer Herkunft (obscuro loco natus), aus der Römischen Provinz Illyricum, heut zu Tage Slavonien und Bosnien, gebürtig. In der Sprache seines Vaterlandes hieß er Upranda; daher vielleicht sein lateinischer Name Justinianus, wie Ritter (*2) bemerkt. Wie kam aber ein Mann von so niedriger Familie zum Kayserthrone? Dazu half ihm seiner Mutter Bruder, Justinus. Auch dieser war aus der untersten Volksklasse, hütete in seiner Jugend das Vieh, wurde aus einem Viehhirten Soldat unter der Garde (miles praetorianus), stieg bis zum General, und kaufte sich endlich von der Armee die Kayserwürde. Nun zog er seinen Neffen aus dem Staube, ertheilte ihm Würde auf Würde, bestimmte ihn zum Thronfolger, und gab ihm kurz vor seinem Tode die Mitregentschaft.

Verschiedene neuere Schriftsteller, unter andern Otto (*3), sagen, Justinian sey auch von seinem Oheim an Kindesstatt angenommen worden; diese Sage hat aber keinen Grund. Otto beruft sich zwar auf eine alte Münze, und auf den Evagrius (*4). Die Münze aber ist, wie Ludewig (*5) bemerkt, und der Anblick auch zeigt, unächt; Evagrius hingegen redet blos von der Aufnahme zur Mitregentschaft, und sagt keine Sylbe von Adoption. Andere berufen sich auf einige Stellen im Römischen Gesetzbuche, wo Justinian den Justin *patrem suum* nennt (*6). Allein diesen Titel gaben die Römischen Kayser oft ihren Vorfahren, wenn sie gleich weder ihre leibliche, noch adoptirte Söhne waren, wie d'Arnaud (*7) mit vielen Beyspielen beweist. Blos als Neffe Justins und als bestimmter Thronfolger, nicht als Adoptivsohn gelangte also Justinian im Jahr Christi 527. zum Throne, und regierte das Römische Reich beynahe vierzig Jahre.

Ueber seinen Character hat sich eine große Fehde erhoben. Die Gelegenheit dazu gab der Vaticanische Bibliothekar Nicolaus Alemann, durch seine Herausgabe der Procopischen Anecdoten. Procop ist ein Schriftsteller aus Justinians Zeit, der in seinen acht Geschichtbüchern Justinians Thaten beschreibt, und ihn mit Lob überhäuft. Ganz anders spricht er in jenen Anecdoten von ihm. Da ist ihm Justinian der verdienstloseste

schändlichste Mensch, ein einfältiger Tropf, ein Tyrann, ein Geitzhals; seine Gemahlin Theodora die liederlichste, unverschämteste Metze, die je von der Sonne beschienen wurde, eine Kindermörderin u. s. w. Das Buch machte bey seiner ersten Erscheinung viel Aufsehen, denn den Juristen war es ein großes Aergerniß, daß Divus Iustinianus (wie ihn Manche nennen) so tief herabgewürdigt wurde. Man zog also gegen das Buch und seinen Herausgeber zu Felde. Einige erklärten das ganze Werk für untergeschoben, andere den Verfasser durchaus für einen Lügner. Man hat aber zu dem einen so wenig Grund, als zu dem andern. Die Aechtheit des Buches hat Hoffmann (*8) ausser Zweifel gesetzt, und ein großer Theil des Inhalts kann mit Zeugnissen anderer gleichzeitigen Schriftsteller bestätiget werden. Daß Justinians Portrait, so wie es Procop macht, eine Carricatur sey, ist nicht zu läugnen, und manche seiner Histörchen tragen das Gepräge der Lügen an der Stirne. Wer wird es z. E. glauben, wenn Procop erzählt, daß ein böser Geist bey Justinians Mutter einst den Ehemann gespielt, und ihr zu diesem Sohne verholfen habe; daß Justinian bey lebendigem Leibe, nach Gespenstermode, zuweilen bey Nacht ohne Kopf spazieren gegangen sey? u. d. gl. Aber Justinians unläugbare Fehler waren Eitelkeit, die oft bis zum Kindischen gieng, Hang zur Verschwendung, Mangel an festen Grundsätzen, an Muth und Entschlossenheit, und seine Anhänglichkeit an Theodora, die eine Comödiantin, und in diesem Stande schwerlich eine Vestalin gewesen war, die ihn so weit brachte, daß er sich förmlich mit ihr vermählte, ihr die Krone mit eigner Hand öffentlich aufsetzte, und großen Einfluß in die Regierungsgeschäfte verstattete. Daß er übrigens nicht ohne Kenntnisse, und sogar ein fruchtbarer Schriftsteller war, erhellet aus dem Verzeichniß seiner Schriften, das Hoffmann giebt (*9), und aus den Zeugnissen der Alten, die Ludewig (*10) gesammelt hat. Vormals war es zwar eine gemeine Sage, Justinian habe weder lesen noch schreiben können. Man berief sich auf des Suidas, eines Schriftstellers aus dem 10ten Jahrhundert, Lexicon, wo es im Artikel Ιουστινιανός, nach der alten Mayländischen Ausgabe, heißt: Justinian sey sehr orthodox gewesen, und dabey sehr unwissend, ja sogar ἀναλφάβητος, Lesens und Schreibens unkundig. Allein die Manuscripte des Suidas lesen Justinus statt Justinianus, und Procopius (*11), aus welchem Suidas die Stelle offenbar genommen hat, redet auch von Justin (*12). In der Kunst der Gesetzgebung war Justinian wohl kein Virtuose, und die damaligen Zeiten, wo Jurisprudenz und alle Gelehrsamkeit ihrem Falle schon nahe waren, lassen auch keinen Meister in diesem Fache erwarten. Manche seiner Gesetze zeigen indessen doch Einsicht und legislatorische Klugheit, und machen ihrem Verfasser Ehre.

(1) *Io. Petr. de Ludewig* vita Iustiniani atque Theodorae nec non Triboniani. Hal. Sal. 1731. 4. Das Buch aber ist mehr Lobrede als Biographie. S. auch *Gundling* diss. de Theodora, in observat. Halens. Tom. 1. num. 8. und *Philipp. Invernizi* de rebus Iustiniani M. Rom. 1783. 8.

(2) Wenn es anders wahr ist, daß in der Slavonischen Sprache Upravda soviel als gerecht heißt. *Ritter* ad Heineccii hist. iur. Lib. 1. §. 382.

(3) *Otto* ad Prooem. inst. et in iurisprud. symbol. Ex. 3. p. 340.

(4) *Evagrius* in histor. eccles. Lib. 4. Cap. 9.

(5) *Ludewig* l. c. pag. 674. tab. I. num. 1. Alemann in f. Procop. (not. histor. p. 42. der seltnen Lyoner Edition, vom J. 1623. die ich vor mir habe), hat die Münze zuerst bekannt gemacht.

(6) §. 3. Inst. de donat. §. 4. Inst. quib. non est permiss. fac. test. L. ult. C. de advocat. div. iud. (II. 8.)

(7) *d'Arnaud* var. coniect. Lib. 1. Cap. 11.

(8) *Hoffmann* hist. iur. Vol. 1. pag. 544.

(9) Cit. loc. p. 516.

(10) *Ludewig* l. c. p. 137.

(11) *Procopius* in anecdotis p. 28. edit. Lugd. p. 15 edit. Eichel.

(12) *Nic. Alemann.* not. histor. ad Procop. p. 18.

§. 4. Justinians Heldenthaten.

Auch auf den Namen eines Helden kann Justinian keinen großen Anspruch machen. Indessen hatte er das Glück, gute Feldherren zu finden, und durch sie Lorbeeren zu erfechten. Unter seinen vielen Kriegen sind der Persische, Gothische und Vandalische die merkwürdigsten. Der Persische Krieg fieng schon unter Kayser Anastasius an, wurde unter Justins und Justinians Regierung mit abwechselndem Kriegsglück fortgesetzt, und zur großen Erniedrigung der Römischen Nation damit geendiget, daß man sich mit einem jährlichen Tribut Ruhe und Frieden erkaufen mußte. Glücklicher kriegte Justinian durch seinen Feldherrn Belisar mit den Vandalen in Afrika. Er besiegte diese Nation, bekam ihren König Gilimer gefangen, führte ihn im Triumph auf, und machte Afrika zur Römischen Provinz. Eben so siegreich war Justinian in Italien. Er besiegte die Gothischen Könige Vitiges, Totilas und Tejus; zerstöhrte das Reich der Gothen; brachte ganz Italien nebst Sicilien unter seine Herrschaft.

Diese kurze Kriegsgeschichte setzt uns zum Theil in den Stand, die Titulatur zu verstehen, deren sich Justinian im Proömium zum Text der Institutionen bedient. Er nennt sich nemlich: Imperator, Caesar, Flavius, Iustinianus, Alemannicus, Gothicus, Francicus, Germanicus, Anticus, Alanicus, Vandalicus, Africanus etc. Den Titel *Imperator* gab man zu den Zeiten des Freystaates nur solchen Generalen, die sich durch ausserordentliche Thaten auszeichneten, und zwar nicht länger, als ihr Commando dauerte.

und insonderheit in dem Falle, wenn sie einen Triumph halten durften, nicht länger als bis dieser geendiget war. Julius Cäsar erhielt unter andern Ehrenbezeugungen auch diese, daß er den Titel Imperator beständig führen durfte. Die folgenden Regenten erhielten ihn ebenfalls, und nach und nach fieng man an, ihn als den höchsten Ehrentitel anzusehen. Er bezeichnete das Oberhaupt des Römischen Staates. Der Name Cäsar war anfangs nichts als ein Beyname in dem Julischen Geschlecht (cognomen familiae in gente Iulia) (*[1]). Von den Zeiten Nero's an hießen alle Söhne des Kaysers Caesares. Nachher, ungefähr um Maximins Zeiten, kam es auf, die bey Lebzeiten des Kaysers ernannten Nachfolger, was heutiges Tages in Deutschland Römischer König heißt, Caesares zu nennen. Endlich nahmen die Kayser selbst diesen Titel an (*[2]). Den Namen Flavius hatte zuerst Constantin der Große geführt, weil er aus der Flavischen Familie abzustammen prätendirte, und seine Nachfolger behielten ihn bey (*[3]).

Aber warum nennt sich Justinian Alemannicum, Francicum, Germanicum? Diese Titel haben ihm Vorwürfe und Haß zugezogen. Haß, denn Theudebert, König der Franken, wollte ihn deswegen bekriegen, und nur der plötzliche Tod dieses Königs unterbrach sein Vorhaben. Vorwürfe der Gelehrten; denn Justinian, sagt man, hat nicht die Alemannier und Franken, viel weniger die ganze deutsche Nation besiegt, wie kann er sich Titel von ihnen beylegen? Auch Heineccius sagt: germanicum etc. *frustra* se appellavit. Allein Justinian läßt sich vertheidigen. Er hat diese Titel von seinen Vorfahren geerbt. Schon Tiberius schrieb sich Germanicus; Caracalla nannte sich Alemannicus; Probus führte den Titel Francicus, und man sah seit langer Zeit diese Namen als erbliche Ehrentitel an. Ja es hatte Justinian auch ein eignes Recht auf dieselben. Denn als er mit den Gothen kriegte, riefen diese die Franken und Alemannier zu Hülfe; sie wurden aber mit den Gothen besiegt (*[4]). Justinian konnte sich daher Alemannicum, und Francicum, auch, weil man damals die Namen Franci und Germani als Synonymen brauchte, Germanicum nennen. Gothicum konnte sich Justinian von der Zeit an mit dem besten Rechte tituliren, da er die Gothen besiegt hatte. Aber, fragt man, wie war er im Jahr 533. dazu befugt, da die Institutionen publicirt wurden, und die Gothen noch nicht besiegt waren? Die Antwort ist leicht: er hatte damals schon ein Erbrecht darauf, weil die vorigen Kayser den Titel geführt hatten. Anticus heißt unser Kayser, weil er die Anten, eine Wendische Nation, besiegt, oder wenigstens von einem Einfall in seine Länder abgehalten hatte. Den Titel Alanicus, Vandalicus und Africanus erwarben ihm seine Siege über die Vandalen in Africa, und die ihnen incorporirten Alanen. Zwar wurden diese Nationen erst im

Jahre

Jahre 535. unterjocht; aber Carthago war doch schon im Jahre 533. erobert, in demselben Jahre, wo die Institutionen bekannt gemacht wurden, und daher Justinian schon damals zu diesen Ehrennamen berechtiget.

(1) *Heinecc.* ad *Vinn.* pag. 1. *Georg. Lahr. Hausfritz* comment. de Caesare designato successore imperii antiqui. Norimb. 1737. 4.

(2) Die Römer hatten gewöhnlich drey Namen: *praenomen, nomen, cognomen,* zuweilen auch einen vierten, *agnomen.* Das nomen zeigte die gentem an; durch das cognomen wurden die Familien in einer gente, durch das praenomen die Brüder, Eines Vaters Söhne, unterschieden. Das agnomen bekam einer von gewissen persönlichen Eigenschaften, Tugenden, Thaten, z. B. in den Namen: Publius Cornelius Scipio Africanus ist Cornelius das nomen gentis, er war ex gente Cornelia; Scipio das cognomen, der Name der Familie; Publius das praenomen, wodurch er von seinen Brüdern unterschieden wurde; Africanus das agnomen, das ihm seine Siege in Afrika erworben hatten.

(3) *Raevard.* coniect. lib. 3. cap. 17.

(4) *Agathias* de bell. Goth. lib. 1. et 2. *Procop.* de bell. Goth. lib. 1. cap. 11. *Guil. Hier. Bruckner* comment. an Iustinianus Imperator recte usurpaverit titulos Germanici et Alemannici. Ien. 1709. recus. 1753.

§. 5. Verfassung des Justinianeischen Codex.

Wichtiger als Kriegsthaten sind uns die Bemühungen und Verdienste Justinians um die Gesetzgebung (*). Das erste Werk, das er veranstaltete, war sein *Codex Iustinianeus.* Man bemerke: 1) sobald Rom unter die Herrschaft der Kayser kam, fingen auch diese an, eine gesetzgebende Gewalt auszuüben. Man nannte ihre Gesetze *Constitutiones* (§. 41.).

2) Zu Constantin des Großen Zeiten fanden sich zwey Rechtsgelehrten, welche die kayserlichen Verordnungen von Hadrians Zeiten an sammelten, Gregorius und Hermogenianus. Diese Sammlungen heißen *Codex Gregorianus* und *Codex Hermogenianus.* Die Alten nemlich machten einen Unterschied zwischen codex und volumen. Codex hieß ein Buch, das gebunden war, wie unsere Bücher; volumen ein zusammengerolltes Buch. Vorzugsweise aber wurden die Sammlungen der kayserlichen Verordnungen Codices genannt (*1).

3) Wie diese beyden Sammlungen sich von einander unterschieden haben, ist nicht mit Gewißheit anzugeben. Der Hermogenianische scheint ein Supplement des Gregorianischen gewesen zu seyn. Gregorius hatte nemlich, so viel sich aus den Fragmenten schließen läßt, die Verordnungen von Hadrian bis auf Constantin M. gesammelt. Hermogenian sammelte nur die, welche in jener Sammlung gar nicht, oder nicht richtig genug standen, insonderheit die Verordnungen Diocletians und Maximians (*2).

4) Nach Constantins M. Zeiten wurden wieder viele neue Constitutionen publiciret. Diese ließ Theodosius der Jüngere durch acht Rechts-

gelehrte sammeln, und im Jahr 438. unter dem Titel: Codex Theodosianus, bekannt machen (*3).

5) Endlich gab Justinian im Jahr 528. Befehl, daß sein Magister officiorum, Exquaestor sacri Palatii und Exconsul, oder nach heutigem Ausdruck, sein Hofmarschall, gewesener Canzler und vormaliger Consul (*4), Tribonian, mit Hülfe neun anderer Rechtsgelehrten, das Beste aus den drey vorhergehenden Codicibus nehmen; die neuen, erst nach der Theodosianischen Sammlung erschienenen Verordnungen hinzuthun, und auf diese Weise einen neuen Codex verfertigen sollten (*5). Diese Arbeit kam im Jahre 529, zu Stande, und heißt *Codex Iustinianeus, codex vetus, codex primus.*

6) Der Gregorianische und Hermogenianische Codex sind leider verlohren gegangen; wir besitzen nur wenige Fragmente davon, die unter andern Schulting (*6) gesammelt hat. Der Theodosianische aber ist noch größtentheils vorhanden. Wir besitzen vollständig das 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. und 16te Buch; das 1. 2. 3. 4. 5. und der Anfang des 6ten aber sind noch nicht vollständig aufgefunden worden (*7). Man hat noch zur Zeit blos den Auszug dieser Bücher, welchen ein Westgothischer König, Alarich, aus dem Theodosianischen Codex machen ließ (*8).

7) Auch der Justinianeische Codex ist verlohren. Denn Justinian ließ, wie wir sogleich (§. 10.) hören werden, nachher einen neuen Codex sammeln, und schaffte den alten ab. Niemand gab sich also die Mühe, den ersten zu erhalten oder abzuschreiben.

8) Nützlich wird es seyn, alles vorhin Bemerkte durch eine chronologische Tabelle anschaulich darzustellen.

Verordnungen aller dieser Kayser faßte codex Iustinianeus in sich.	Hadrianus (A.C. 117.) ——— ——— ——— ———	Die Verordnungen dieser Kayser enthielt der codex Gregorianus und Hermogenianus.
	Constantinus M. (A. C. 308.) ——— ——— Theodosius jun. (A. C. 408.	Von diesen der codex Theodosianus.
	——— ——— Iustinianus.	

(*) Die Geschichte dieser Gesetzgebung überhaupt, und der einzelnen Verordnungen Justinian's besonders enthält *Francisci Balduini* (Baudouin) Iustinianus etc. cum *Gundlingii* praefat. Halae 1728. W.

(1) *Knorr*. obs. ad prooem. Inst. VII. et VIII. *Schwarz* de ornament. libror. diss. 4. §. 2. (Lips. 1756).

(2) Eine schöne hieher gehörige Abhandlung ist: *Christ. Frid. Pohl* commentatio historica de codicibus Gregoriano atque Hermogeniano. Lips. 1777. 4.

(3) *Brunnquell* diss. de codice Theodosiano, in opusc. Part. 1. pag. 33. sqq.

(4) Eine genaue Erklärung dieser Titulaturen s. bey *Vinn.* ad prooem. I. §. 3 und *Heinecc.* in not. ibid. Tribonian war ein Mann von großem Genie und, für sein Zeitalter, von weitläuftiger Gelehrsamkeit. Sein moralischer Character aber ist zweydeutig. Man s. unter andern Gibbon's historische Uebersicht des Römischen Rechts, übersetzt von Hugo S. 56. — — Bey dieser ersten Gesetzcommission war Tribonian zwar Mitglied, aber noch bekleidete er die höchste Stelle nicht, §. 1. der in der folgenden Note angeführten Constitution. W.

(5) Wie viel Freyheit Justinian den Compilatoren des Codex erlaubte, sieht man aus der Constitution de Iustinianeo Codice faciendo, §. 2. wo es heißt: quibus specialiter permisimus, *resecatis* tam supervacuis, quantum ad legum soliditatem pertinet, *praefationibus*, quam similibus et contrariis, praeterquam si iuris alia divisione adiuventur; illis etiam, quae in desuetudinem abierunt, certas et brevi sermone conscriptas, ex iisdem tribus codicibus et novellis compilationibus leges componere, et congruis titulis subdere, *adiicientes* quidem et *detrahentes*; imo et *mutantes verba earum*, ubi hoc commoditas exigeret, *colligentes vero in unam sanctionem, quae variis constitutionibus dispersa sunt*, et sensum earum clariorem efficientes. Und dieser Erlaubniß haben sie sich dann auch sehr häufig bedient. (§. 15. num. 1. §. 62. not. 14.).

(6) *Schulting* in iurisprudentia anteiustiniana pag. 681-718. Edit. Lips. Der Untergang dieser beyden Sammlungen ist für die Jurisprudenz ein unbeschreiblich großer Verlust; da eine große Menge Verordnungen aus ihnen in den Justinianeischen Codex aufgenommen worden ist, an welchen die Präfationen, und wer weiß was noch mehr, abgeschnitten, die Verordnungen selbst aber verdunkelt oder verdorben sind. Man darf nur die Verordnungen im Justinianeischen Codex mit eben denselben im Gregorianischen und Hermogenianischen vergleichen, und man wird über die Verschiedenheit erstaunen. Beyspiele s. unten §. 440. (1) §. 473. (6.).

(7) Es fehlen uns daher noch wenigstens 320 Verordnungen, die in dem vollständigen Codex gestanden haben, und, welches das schlimmste ist, gerade solche, die in das Privatrecht einschlagen. Die beste Ausgabe dieses Werks ist die, welche zu Leipzig im Jahr 1736. mit dem berühmten Commentar von Jacob Gothofred (Godefroy), und Joh. Daniel Ritters Zusätzen in 6 Theilen erschienen ist.

(8) Was ich anderwärts von Alarichs Gesetzbuche gesagt habe, will ich kürzlich hier wiederholen. Alarich, König der Westgothen im sechsten Jahrhundert, ließ für seine Nation ein Gesetzbuch machen, welches Auszüge aus dem Gregorianischen, Hermogenianischen und Theodosianischen Codex, einigen nach diesem

letzten Codex erschienenen Verordnungen, des Cajus Institutionen, den sententiis Paulli und den Schriften Papinians enthielt. Er ließ auch zu allen diesen Stücken, außer zu des Cajus Institutionen, Anmerkungen machen, die unter den Text gesetzt wurden, aber sehr unbedeutend sind. Dieses Gesetzbuch ist nicht mehr vollständig vorhanden. Fast alle Auszüge aus dem Gregorianischen und Hermogenianischen Codex, alle aus Papinians Schriften, sind verlohren. Die Stücke, welche auf unsre Zeiten gekommen sind, hat man mehrmals, bald einzeln, bald zusammen, herausgegeben.

§. 6. Verfassung der Pandecten.

Als die Kayserlichen Verordnungen gesammelt waren, gab Justinian seinem Tribonian und 16 Gehülfen einen zweyten Auftrag. Er befahl, daß sie das Beste und Brauchbarste aus den Schriften der alten Rechtsgelehrten excerpiren, und aus diesen Excerpten ein systematisches Werk verfertigen sollten. Auch dieser Auftrag ward befolgt, und das Werk *Pandectae* oder *Digesta* genannt. Von diesem wichtigen Buche ist folgendes anzumerken:

1) Die Pandecten sind Auszüge aus den Schriften der alten Rechtsgelehrten, die man zusammengesetzt, und unter gewisse Rubriken gebracht hat (*1a). Man sammelte z. B. alle Rechtssätze von Procuratoren, die man in den Schriften der alten Juristen fand, setzte die Excerpte zusammen, und schrieb die Rubrik darüber: de Procuratoribus (*1b).

2) Woher aber der Name dieses Werkes? Pandectae stammt von πᾶν (alles) und δέχεσθαι (zusammenfassen) ab. Denn die Pandecten sollten alles begreifen, was in den Schriften der Juristen Gutes und Nützliches enthalten war. Digesta heißt das Werk, weil alles darin digerirt, geordnet seyn sollte, was in den ältern juristischen Werken zerstreut stand. Uebrigens hatten schon einige alte Juristen ihren Büchern den Titel Pandecten, und viele andere den Titel Digesta gegeben.

3) Die Quellen der Pandecten sind die Schriften der alten Rechtsgelehrten. Aber aus welchen hat man gesammelt? Nicht allen ist diese Ehre erzeigt worden, nur neun und dreyßigen, und zwar hauptsächlich solchen, welche seit Hadrians Zeiten gelebt und geschrieben hatten, den Schriften Julians, Papinians, Ulpians, Paulus, Marcellus, Cajus u. s. w. Wieling (*2) giebt ein vollständiges Namenregister (*3). Also die Schriften der Rechtsgelehrten, welche zu den Zeiten der freyen Republik und unter den ersten Kaysern gelebt hatten, wurden meistens übergangen (*4). Vielleicht glaubte man, in den Schriften dieser ältern Rechtsgelehrten sey nichts practisches mehr zu finden, sie enthielten mehr Antiquitäten als brauchbare Rechtssätze; vielleicht dachte man, alles, was sie Nützliches enthielten, sey in die Schriften der Neueren schon übergetragen; vielleicht waren auch jene alten Schriften nicht mehr zu haben, oder man mochte sich nicht die Mühe

geben, sie aufzusuchen. Man nennt die Juristen, aus deren Schriften die Pandecten ausgezogen sind, die juristischen Classiker.

4) Die Zahl der gebrauchten Schriften giebt Justinian selbst an. Sie belief sich auf 2000, und diese enthielten, wie er sagt, trecies centena millia, d. i. drey Millionen versus (*5 a). Die Bedeutung des Worts *versus* aber ist sehr zweifelhaft. Ludewig (*5 b) erklärt es mit andern durch Paragraphen, oder Sentenzen, Perioden; Gundling (*6 a) hingegen richtiger durch Zeilen.

5) Bey dem Excerpiren der alten Juristen verfuhr man nicht gewissenhaft. Man veränderte die Worte, und behielt nur den Sinn bey; man ließ weg und setzte zu. Insonderheit machte man Veränderungen, wenn die alten Rechtsgelehrten etwas sagten, was zu Justinians Zeiten nicht mehr Rechtens war, oder etwas nicht sagten, was unter Justinians Regierung galt, und daher, wie man glaubte, jetzt zugesetzt werden mußte. Z. B. in der L. ult. §. 1. D. de senator. spricht Ulpian von der Distinction der Senatoren in illustres, spectabiles und clarissimos, die doch erst lange nach ihm aufkam. Man nennt dergleichen Verfälschungen der Excerpte: *interpolationes* oder *emblemata Triboniani* (*6 b).

6) Die Originalsprache der Pandecten ist unstreitig die lateinische. Denn die alten Juristen haben lateinisch geschrieben, also waren auch die Excerpte aus ihnen lateinisch. Nur aus zwey griechischen Schriften hat man in die Pandecten griechische Stellen aufgenommen, nemlich aus Modestins Büchern de excusationibus, und aus Papinians Αςυνομικων μονοβιβλος; d. i. seinem Einen Buche vom Amte der Aedilen. Nur das ist bezweifelt worden, ob wir die alten ächten lateinischen Pandecten noch besitzen. Ein holländischer Kritiker, Jensius (*7), läugnet dieses, und behauptet, die lateinischen Originalpandecten wären vorlängst ins Griechische übersetzt worden, und darauf verlohren gegangen. Nachher habe man die griechische Uebersetzung wieder ins Lateinische übergetragen, und diese Uebersetzung der Uebersetzung hätten wir heutzutage. Seine Argumente sind aber schwach, und von Bach hinlänglich widerlegt worden (*8).

7) Die Abtheilung der Pandecten ist folgende: das Ganze ist in sieben Theile und in 50 Bücher abgetheilt, die Bücher in Titel, die Titel in kleinere Abschnitte, die man insgemein *Leges* nennt, und diese Gesetze häufig in Stücke, deren erstes *Prooemium* oder *Principium*, die folgenden aber Paragraphen heißen. Ich sage, die man insgemein *Leges* nennt. Ganz richtig ist diese Benennung nicht, indessen gewöhnlich. Die Pandecten sind zwar ein Werk, das im Ganzen gesetzliches Ansehen hat. Aber darum kann man doch nicht behaupten, daß jedes einzelne Stück ein Gesetz sey; denn die

Pandecten enthalten Definitionen, Divisionen, Argumentationen, die ihrer Natur nach nicht als Gesetze gelten können, und die noch dazu oft unrichtig, unvollständig, inconsequent sind. Sie enthalten theoretische Sätze, die falsch sind, z. B. historische Irrthümer, unrichtige Wortherleitungen u. d. gl. (*9). Daher haben auch einige Juristen die Benennung Lex verlassen, und *caput* oder *fragmentum* dafür gesetzt.

8) Man unterscheidet den Text der Pandecten von den Compendien. Text der Pandecten heißt das bisher beschriebene Werk, das Justinian verfertigen ließ, und das von unserm Corpore iuris den zweyten Theil ausmacht. Unter Pandectencompendien aber versteht man neuere, zum Behuf academischer Vorlesungen geschriebene, nach der Ordnung der Justinianeischen Pandecten eingerichtete Systeme des ganzen in Teutschland geltenden Privatrechtes. Die Grundlage darin ist Römisches Recht; aber nicht bloß Sätze der Justinianeischen Pandecten, sondern auch Verordnungen des Codex und der Novellen, ja auch Canonisches und Teutsches Recht sind beygebracht.

9) Der Pandectenausgaben giebt es, wie man insgemein sagt, drey: die Haloandrische oder *Norica*, Taurellische oder Florentinische, und gemeine oder *vulgata*. Die Haloandrische hat Gregor Haloander zu Nürnberg im Jahre 1529. in drey Quartbänden besorgt. Sie gehöret wegen ihrer ausnehmenden Richtigkeit und vielen guten Lesearten unter die vorzüglichsten (*10); ob man gleich mit Grund an dem Herausgeber tadelt, daß er oft den Text ohne Noth verändert, und seine Veränderungen nicht, wie billig, als Muthmassungen an den Rand gesetzt, sondern in den Text eingeschoben hat (*11). Die Florentinische gab Franz Taurellus zu Florenz im Jahre 1553. in Folio heraus. Sie ist ein Abdruck des berühmten Florentinischen Manuscripts, von dem (nach meiner Ueberzeugung) alle übrigen Pandectenmanuscripte, so viel man deren kennt, Abschriften sind. Diese Ausgabe ist in sieben Theile, nicht in zwey oder drey Bände, wie einige sagen, abgetheilt; ist sehr selten und schätzbar. Was aber vulgata editio seyn soll, ist nicht ausgemacht. Einer heißt dies, der andere jenes editionem vulgatam (*12). Ohne allen Grund ist daher, was Einige sagen: die vulgata sey in unsern Gerichten angenommen. Denn was ist vulgata? Da das Florentinische Manuscript die Mutter aller übrigen ist, so gehen die Taurellischen Lesearten allen andern vor, wenn jene nicht offenbar fehlerhaft sind (*13).

10) Noch ist übrig, daß wir die Art, die Pandecten zu allegiren, kennen lernen. Man unterscheide a) die natürliche, aber nicht gewöhnliche, b) die bey den alten Juristen eingeführte, und c) die heutigestags übliche

Weise zu allegiren. Nemlich a) die natürlichste Methode wäre, daß man Buch, Titel, Gesetz und Paragraph mit Zahlen bezeichnete, z. E. setzte:

Pandectar. Lib. 12. Tit. 6. Lex 38. §. 2.

Sie ist aber nicht eingeführt, vielleicht weil sie zu weitläuftig schien, und man ein solches Allegat nicht leicht im Gedächtniß behalten kann, oder auch, weil in den ältesten Handschriften der Pandecten die Gesetze nicht numeriret sind. b) Die alten Juristen setzten also statt dessen die Anfangsworte des Gesetzes und des Paragraphs nebst der Ueberschrift des Titels, z. E.

L. Frater a fratre §. contra ff. oder π. oder D. de condict. indeb.

Dieß Allegat war, da es keine Zahlen hat, leichter auswendig zu behalten, und man forderte von einem Juristen, daß er wisse, wo der Titel de condict. indebiti, und in demselben das Gesetz, das mit frater anfängt, steht (*14). c) In den neuern Zeiten ist es gewöhnlich geworden, statt der Anfangsworte des Gesetzes und der Paragraphen die Zahl derselben zu setzen, weil dieses bequemer für den Aufschlagenden ist. Man setzt also ein L. (dieß heißt lex); darauf die Zahl des Gesetzes; das Zeichen §. (welches paragraphus bedeutet); die Zahl des Paragraphs; ein D. oder π. oder ff. welches die Pandecten anzeigt, endlich die Ueberschrift des Titels, z. E.

L. 38. §. 2. { D. / π. / ff. } de condict. indeb.

und spricht es aus: lex 38. paragrapho 2. Digestis (oder Pandectis) de condictione indebiti. Ist das prooemium oder principium eines Gesetzes, das heißt, der erste Satz aus dem Gesetz, der vor dem Paragraphen vorausgeht, zu allegiren: so schreibt man z. E.

L. 20. pr. { D. / π. / ff. } de dolo malo.

und spricht es aus: Lex 20. prooemio oder principio Digestis de dolo malo. Einige verbinden die alte und neue Methode, indem sie schreiben:

L. frater 38. §. sed et 2. D. de condict. indeb.

welches allgemeine Nachahmung verdiente. Die Ursache übrigens, warum man die Pandecten mit ff. anführt, ist schwer anzugeben. Vermuthlich ist dieses Zeichen ein verdorbenes pp. (*15). Endlich ist noch zu wissen, daß man zuweilen die Buchstaben D. π. und ff. ganz wegläßt. Wenn also im Allegat nicht bemerkt ist, ob der codex oder die Pandecten zu verstehen seyen, so sind die letztern gemeynt.

11) Wer nun ein Allegat aus den Pandecten aufschlagen will, muß wissen, wo der angegebene Titel steht, z. E. er muß wissen, daß der Titel de condict. indebiti der sechste im zwölften Buche ist. Weiß man das nicht, so muß man das alphabetische Titelregister, das vor dem corpore juris, bisweilen auch vor den einzelnen Theilen desselben steht, nachschlagen.

(1 a) Sparsam genug sind diese Excerpte. Aus manchen Büchern hat man gar nichts, aus manchen nur wenige Stellen aufgenommen. Hommel hat die zerstreuten, zu jedem Buche gehörigen, Stellen nach Anleitung des Wielingischen Registers wieder zusammendrucken lassen, und dem Buche den etwas zu stolzen Titel: *Palingenesia* libror. iur. veterum gegeben. Es ist zu Leipzig 1767. in 3 Octavbänden erschienen. Die Verfertigung der Pandecten hat übrigens die traurige Folge gehabt, daß Niemand die Schriften der classischen Rechtsgelehrten mehr abschreiben und aufbewahren mochte, und daß sie daher alle verlohren gegangen sind. Nur drey sind erhalten worden: *Ulpiani* regulae, *Caji* institutiones und *Paulli* receptae sententiae; die ersten ächt und ziemlich vollständig, die beyden letzten nur in verdorbenen Auszügen, in Alarichs Gesetzbuche (§. 5. Not. 8. §. 8.).

(1 b) Die Folge der Titel stimmt meistens mit der im beständigen Edict überein. (§. 53.) Die Excerpte in jedem einzelnen Titel sind wieder nach gewissen Regeln geordnet. S. *Giphan.* in oeconom. iur. pag. 220. sq. *Hoffmann* histor. iur. Tom. 1. Part. I. pag. 583. *Christian Franc. Koch.* diss. de ordine legum in Pandectis. Giss. 1784. — — Die Auszüge, welche die Pandecten enthalten, bestehen übrigens keinesweges bloß in allgemeinen Rechtssätzen und Vorschriften, wie wir es bey unsern Gesetzbüchern gewohnt sind; sondern häufig in dem Vortrage einzelner Rechtsfälle, und deren Entscheidung — Die allgemeinen Rechtsnormen, worauf diese Entscheidungen gebaut wurden, sind theils aus dem bestehenden Civilrechte des Zeitalters dieser Rechtsgelehrten, vorzüglich aus dem edicto perpetuo, und Kaiserlichen Constitutionen, theils aus dem Vernunftrechte entlehnt. Oft geben sie auch das allgemeine Rechtsprincipium selbst an; nicht selten aber entscheiden sie den Rechtsfall, ohne die rechtlichen Gründe auszudrücken, da wir dann diese näher zu erforschen haben. In einer Menge dieser Gutachten und Meynungen über einzelne Fälle ist der große Scharfsinn jener Rechtsgelehrten nicht zu verkennen. W.

(2) *Wieling* in jurisprud. restituta, P. 1. pag. 72. sqq.

(3) Vor den Florentinischen Pandecten steht auch ein solches Register, das aber nicht ganz richtig ist. Es fehlen darin Aelius Gallus und Claudius Saturninus; dagegen ist mit Unrecht Masurius Sabinus darin aufgeführt. Man sehe die folgende Note.

(4) Nur aus den Schriften des Q. Mucius Scävola und Cajus Aelius Gallus, die in dem Freystaate, des M. Antistius Labeo und Alphenus Varus, die unter August, und des Sempronius Proculus, der unter Claudius gelebt hatte, ist etwas aufgenommen. In dem Florentinischen Register werden auch Masurii Sabini libri tres iuris civilis aufgeführt: allein unrichtig; denn die Pandecten enthalten keine Excerpte aus diesen Büchern. M. s. *Freymon.* symphor. iur. pag. 103. und *Wieling* Tom. 1. p. 246. Tom. 2. p. 319.

(5 a)

(5 a) *Cuiac.* obs. lib. 21. cap. 39.
(5 b) *Ludewig* vita Iustiniani pag. 211. sqq.
(6 a) *Gundling* in Gundlingianis P. 4. obs. 5. Diese Meynung ist offenbar richtiger, denn Justinian sagt, L. 2. §. 1. Cod. de vet. iur. enucl. (I. 17.) die Pandecten enthielten 150,000 versus. So viele Perioden aber haben sie nicht. Dieß ist daraus offenbar. In den kleinen Holländischen Handausgaben enthalten die Pandecten nur ungefähr 140,000 Linien. Da nun eine Periode gewöhnlich weit mehr als eine Zeile groß ist, so können keine 150,000 Perioden in den Pandecten seyn. — — Man vergleiche auch *Suetonii August.* c. 87. W.
(6 b) Wenn man ein anderes, auffallendes emblema sehen will, darf man nur L. 17. D. de testib. mit *Ulpian.* tit. 20. §. 6. in *Schulting.* iurispr Anteiust. p. 628. vergleichen. Daß also emblemata in den Pandecten sind, ist unläugbar. Allein freylich hat man auch die Sache übertrieben, und oft ohne Grund ein emblema angenommen, weil man eine Stelle nicht anders zu erklären wußte. Wissenbach in s. Tractat: emblemata Triboniani (recus Hal. 1736.) hat ungefähr 150 solcher Emblemen gesammelt. *Io. Wybo* diss. de Triboniano ab emblematibus Wissenbachii liberato (Ultraiect. 1728. auch bey ebenangeführter Hallischen Ausgabe von Wissenbachs Tractat), sucht den Tribonian zu vertheidigen. Die Vertheidigung ist aber zuweilen sehr schwach, und Bynkershöks Urtheil über Wissenbach: hircum mulgentibus cribrum supposuit, zu schneidend.
(7) *Iensius* in stricturis ad Pand. et Cod. edit. quart. Roterd. 1764.
(8) Unpartheyische Critik über jurist. Schriften, 1ter Band, 3tes Stück. 163. und f. f. Seite.
(9) *Io. Fridr. Klett* de iuris iustinianei placitis, quae vim legis non habeant. (Erl. 1748.) §. 5. sqq. *Püttmann* interpret. et observat. cap. 17.
(10) *Ant. Augustin.* emend. lib. 1, cap. 3. in *Otton.* thesaur. Tom. 3. p. 1439. *Duaren.* disput. anniversar. Lib. 1. disp. 29. Haloander hat auch eine sehr seltene Ausgabe des Institutionentextes, und eine vom Codex besorgt, welche eben so sehr, als seine Pandecten-Edition geschätzt werden.
(11) *Brencmann* hist. pand. lib. 4. cap. 3. *Ioach. Io. Schwarz* serm. academ. de finibus critices in libris veteris prudentiae regundis. (Groning. 1752.) p. 30. sqq. Ein Beyspiel sehe man unten §. 261.
(12) *Franc. Hotoman.* praef. ad observat. *Henr. Brencmann.* histor. pand. p. 260. sq. *Ge. Chr. Gebauer* de Henr. Brencmanno, pag. 130. seq. *Io. Conr. Rücker* de civili et nat. temp. computat. Praef. p. 3. Meurer's jurist. Abhandlungen, S. 199. u. f. f. *Püttmann* miscellan. cap. 27. — — Wann hier von Ausgaben der Pandecten die Rede ist, so versteht man nicht alle verschiedenen Auflagen und Abdrücke derselben, deren es freylich weit mehrere giebt; sondern man bringt diese, so viele ihrer auch sind, nach den Lesearten, die darin angenommen oder befolgt sind, in gewisse Hauptclassen, und in dieser Beziehung werden gewöhnlich die drey Arten der Pandectenausgaben angegeben, welche der Verfasser bemerkt hat. Indeß ist viel darüber geschrieben und gestritten worden. *Walch* in not. ad Eckhardi hermeneut. iur. Lib. I. §. 84. Besonders ist man in den Begriffen von der editio vulgata sehr uneinig. Dem Wortverstande nach würde freylich editio vulgata diejenige seyn, worin die gewöhnlichen und gemeinüblichen Lesearten — lectiones vulgatae — vorkommen.

Allein dieß ist an sich schon ziemlich schwankend, wenigstens nur für einen gewissen Zeitpunct brauchbar, und manchen Veränderungen nach den Fortschritten des Zeitalters unterworfen. Neuerer Zeit hat Thibaut in den Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Rechts I. 14. die Sache zu berichtigen gesucht, und viel Lehrreiches darüber gesagt. Er geht zuvörderst von dem Satze aus, daß die, außer dem berühmten, erst zu Pisa, dann, und noch jetzt zu Florenz aufbewahrten Manuscripte, vorhandenen Handschriften der Pandecten nicht alle ursprünglich von jenem herrühren, welches freylich noch streitig ist, und nimmt unter folgenden Bestimmungen eine dreyfache Art der Pandecten-Ausgaben an; 1) editiones florentinae, welche den Text der Pandecten so enthalten, wie er in dem erwähnten Florentinischen Manuscripte vorkommt; einige offenbare Unrichtigkeiten desselben abgerechnet. Dergleichen Ausgaben sind außer der Taurellischen auch die neuern, welche sich in Gebauers und Spangenbergs, imgleichen in Plitt's corp. iur. befinden. 2) editiones vulgatae, welche den Text aus andern Handschriften oder Abdrücken derselben; und 3) editiones mixtae, welche aus beyden zugleich geschöpft haben, also vermischt florentinas und vulgatas lectiones enthalten. Zu diesen gehört auch der von Gregorius Haloander auf Kosten des Magistrats zu Nürnberg besorgte Abdruck der Pandecten, dem auch andere gefolgt sind. Die Gothofredischen Ausgaben sind gleichfalls diesen vermischten beyzuzählen, obgleich die Florentinische Leseart häufiger, als eine der andern darin angetroffen wird. W.

(13) *Püttmann* l. c.

(14) Die Alten erforderten überhaupt bey einem Juristen ein starkes Gedächtniß; er soll, sagten sie, ferreum caput, dabey aber plumbeas nates und auream crumenam haben. Von Donellus (Doneau) erzählt man, er habe das ganze corpus iuris von Wort zu Wort, und von einem Petrus Ravenna gar, er habe es mit samt den Glossen auswendig gewußt, und sey daher Petrus a memoria genannt worden. *Pancirol.* de clar. leg. interpret. lib. 2. cap. 138. *Stryk* de iure sens. diss. 8. cap. 2. n. 6.

(15) Die verschiedenen Meynungen führt *Westenberg* in princip. iur. sec. ord. instit. Proleg. §. 99. sqq. an. Doch eine der sinnreichsten, daß die große Liebe der beyden Kayser Friedrich des I. und II. für die Pandecten damit angedeutet werde, hat er vergessen. Daß das ff. aus pp. entstanden sey, ist mir deswegen wahrscheinlich, weil in den Schriftzügen eines gewissen Zeitalters, z. E. in den Florentinischen Pandecten das f. und p. einander oft so ähnlich sind, daß man sie kaum unterscheiden kann. Man s. in *Brencmann.* hist. pand. pag. 111. das Florentinische Alphabet. — — *A. G. Cramer* progr. de sigla Digestorum ff. Kil. 1796 hält dieses Zeichen mit du Tillet für ein D. als den Anfangsbuchstaben Digestorum, den man aber, um diese zu bezeichnen, etwas durchschlungen zu schreiben pflegte, wie man es noch beym Buchstaben R. für recipe oder responsum zu thun gewohnt ist. Hugo civilist. Magazin. III. 110. W.

§. 7. Von den fünfzig Entscheidungen.

Von dem Tage an, da befohlen war, die Pandecten zu schreiben, und in den Jahren, da wirklich daran gearbeitet wurde, gab Justinian seine fünfzig Entscheidungen heraus. Um sich davon den rechten Begriff zu machen, behalte man folgendes:

1) Die alten Rechtsgelehrten hatten viele gelehrte Streitigkeiten unter sich geführt, in vielen Rechtsmaterien verschiedene Meynungen gehegt.

2) Die Hauptursachen dieser Streitigkeiten waren die Secten, die zu Kayser Augusts Zeiten entstanden waren. Damals nemlich lebten zwey berühmte Rechtsgelehrten, Cajus Atejus Capito, und Quintus Antistius Labeo, die aus mancherley Ursachen in ihren Meynungen sehr oft verschieden waren, die ihre Schüler und Anhänger hatten, und Anlaß gaben, daß länger als ein Jahrhundert fast alle Rechtsgelehrten in zwey große Partheyen getrennt, und nur wenige neutral oder eklektisch waren (*1). Die Anhänger des Capito hießen Sabinianer oder Cassianer, weil zwey berühmte Juristen, Masurius Sabinus und Cajus Cassius Longinus, zu dieser Secte gehörten. Labeo's Schüler heißen Proculejaner, von Proculus, einem der angesehensten Männer seiner Schule (*2). Daß sie auch Pegasianer geheißen hätten, wie Heineccius mit Andern sagt, ist nicht zu erweisen.

3) Als man die Pandecten compiliren wollte, zeigten sich die verschiedenen Meynungen und Widersprüche in den juristischen Schriften. Daher gab Justinian 50 Verordnungen, worin er durch Tribonian die vornehmsten Streitfragen entscheiden ließ, und die daher die fünfzig Decisionen oder Entscheidungen heißen.

4) Justinian hat sie nicht auf einmal, sondern zu verschiedenen Zeiten ertheilt und wahrscheinlich sie nachher sammeln lassen. Endlich sind sie seinem zweyten Codex einverleibt worden. Ob sie aber alle darin stehen, wo sie anzutreffen, woran sie zu erkennen und wie sie zu zählen sind, ist sehr zweifelhaft (*3). So viel ist indessen gewiß: wenn eine Verordnung im Codex (a) die Ueberschrift: Iustinianus Iuliano P. P. oder Ioanni P. P. führt; (b) die Unterschrift hat: Lampadio et Oreste Coss oder anno primo post consulatum Lampadii et Orestis, oder anno secundo post consulatum Lampadii et Orestis, das heißt: wenn sie in den Jahren 530. 531. oder 532. gegeben ist; und (c) eine Streitfrage der alten Juristen entscheidet: so gehört sie zuverläßig unter die 50 Entscheidungen. Man sehe z. E. L. 10. Cod. de impub. et aliis substit. (VI. 26.) L. 31. Cod. de fideicommissis (VI. 42.) L. 19. Cod ad legem Falcid. (VI. 50.)

5) Verschiedene neuere Rechtslehrer haben die 50 Entscheidungen aus dem Codex gesammelt und erklärt. Vorzüglich sind des Edmund Merillius (Merille) und Johann Strauchs Arbeiten (*4). Des Merillius Commentar ist vollendet, der Strauchische nicht, denn nur zehen Entscheidungen sind darin erläutert.

(1) *Carl Ferd. Hommel* diss. de principali causa dissensionum inter Labeonem et Capitonem. Lips. 1751. *Christ. Gottlieb Biener* diss. Antistius Labeo iuris civilis novator. Lips. 1786.

(2) Die beste Abhandlung ist *Gottfr. Mascov.* de sectis Sabinianorum et Proculianorum in iure civili. Lips. 1728. 8. Diese zwente Auflage ist sehr vermehrt. —.— Labeo war, wie uns Tacitus Annal. III. 75. berichtet, ein eifriger Vertheidiger der alten Verfassung, und der republicanischen Freyheit – incorrupta libertate, et ob id fama celebratior. – Sein Gegner wußte zu leben, und sich in die Zeit zu schicken: „Capitonis obsequium dominantibus magis probabatur" *Hommel* Dissertat. cit. und viele mit ihm behaupten, daß der Erstere in seinen Rechtsmeynungen immer mehr dem strengen Rechte, Letzterer hingegen mehr der Billigkeit gefolgt sey. Bach hist. iurisprud. Rom. Lib. III. cap. 1. sect. 6. §. 8. findet aber vermöge L. 2 §. 47. D. de origine iuris gerade das Gegentheil richtiger. Quis, sagt er, a servili ingenio (Capitone) expectet aequitatem? W.

(3) *Io. Pet. de Ludewig*, Iustinian. Cap. 8. §. 33. not. 177. 178. p. 231. *Idem* in diss. de pactis de superstitis heredio, idem 50 Decis. charact. Cap 1.

(4) Des Merillius Commentar kam zu Paris 1618. in 4. heraus, steht auch in dessen Werken (Neapel 1720. 4.) Part. 2. Niemand hat die Streitigkeiten der alten Juristen so genau dargestellt als Merillius, sagt Jacob Gothofred. Is tamen saepe multa tamquam bona fide comperta docet, quae ad liquidum hodie nulla ratione duci possunt, merkt *Mascov.* l. c. praef. an. Strauchs Erläuterung ist zu Jena 1659. und zum zwentenmale zu Giessen 1676. in 4. gedruckt. Es gehört auch hieher: *Franc. Raguelli* commentarius ad constitutiones et decisiones Iustiniani, quae XII. libris Cod. continentur. Paris 1610. 4. 334 Seiten. Dieses ist eins der seltensten juristischen Bücher: allein die Seltenheit ist auch seine Hauptmerkwürdigkeit; gründliche Erklärungen findet man darin nicht häufig.

§. 8. Verfassung der Institutionen.

Codex und Pandecten waren nun fertig. Man sah aber bald, daß diese Bücher dem Anfänger nicht dienen konnten, um daraus die Rechtsgrundsätze zu erlernen. Justinian befahl daher, zum Besten der juristischen Lehrlinge ein kleines Elementarbuch zu entwerfen, mit dem sie den Anfang in ihren Studien machen könnten, die ersten und nothwendigsten Grundsätze daraus zu lernen. Er übertrug diese Arbeit dreyen Rechtsgelehrten, Tribonian, Dorotheus und Theophilus. Tribonian war, wie schon oben erinnert worden, Magister officiorum, Exconsul und Exquaestor sacri Palatii; Dorotheus *Antecessor*, d. i. Professor der Rechte zu Berytus, und Theophilus Antecessor oder Rechtslehrer zu Constantinopel (*1). Als die Arbeit fertig war, erhielt sie den Titel: *Institutiones.*

1) Die Quellen dieses Buches sind (a) die Institutionen einiger älteren Juristen, vorzüglich des Cajus, eines Rechtsgelehrten aus Hadrians Zeit, dessen Buch noch jetzt größtentheils vorhanden ist (*2); (b) der alte oder erste Codex, und (c) die Pandecten.

2) Die Eintheilung der Institutionen ist diese: sie haben vier Bücher,

jedes Buch seine Titel, jeder Titel seine Abschnitte, wovon der erste *prooemium* oder *principium*, die folgenden aber Paragraphen heißen.

3) Der Text muß auch bey diesem Buche nicht mit den Compendien verwechselt werden. Die Arbeit der drey eben genannten Männer, des Tribonian, Dorotheus und Theophilus, ist der Text. Anfangsgründe des römischen Rechts aber, von neueren Schriftstellern nach Ordnung des Justinianeischen Textes entworfen, heißen compendia der Institutionen. Der Text hat gesetzliches Ansehen, welches den Compendien fehlt. In dem Text ist blos reines Römisches Recht enthalten. In den meisten Compendien hingegen wird auch beygebracht, was bey jeder Materie dem Anfänger aus dem Canonischen und Deutschen Rechte zu wissen nöthig ist (*3).

4) Man hat eine griechische Paraphrase des Institutionentextes, das heißt, eine griechische Uebersetzung, in welcher der Text durch Zusätze erweitert und erklärt ist. Sie hat einen Theophilus zum Verfasser, wahrscheinlich denselben Rechtslehrer, welcher an den lateinischen Institutionen mitarbeitete, und ist ein gutes Hülfsmittel zur Erklärung des lateinischen Textes (*4).

5) Die Art, die Institutionen zu allegiren, kommt mit der bey den Pandecten gewöhnlichen überein. Man bemerke, (a) der Jurist allegirt die Institutionen nicht, wie andere Bücher allegirt zu werden pflegen. Z. E. nicht Instit. Lib. 1. Tit. 10. prooem. oder §. 2.; sondern (b) wenn diese Stellen bey ältern Juristen angeführt werden, so heißt es:

Pr. Inst. de nupt. oder §. inter eas Inst. de nupt.

Inter eas sind die Anfangsworte des §. 2. im Titel de nuptiis. (c) Die Neueren hingegen lassen die Anfangsworte des §. weg, und setzen dafür die Zahl, z. E.

§. 2. { Inst. / I. } de nuptiis.

Also das Paragraphzeichen; die Zahl des Paragraphs; das abgekürzte Wort Inst. oder auch nur den Buchstaben I.; endlich die Ueberschrift des Titels, aus dem das Allegat genommen ist. Einige setzen auch nur §. 2. de nupt. Um ein solches Allegat aufzuschlagen, ist nichts nöthig, als zu wissen, wo der citirte Titel steht, welches dann einer, der es nicht auswendig weiß, aus dem Titelregister erfahren kann. Wenn Pr. Inst. allein, oder Pr. Inst. mit Beysetzung eines §. angeführt ist, so ist das den Institutionen vorgesetzte allgemeine Prooemium zu verstehen.

(1) *Carl Frid. Walch.* de antecessoribus, iurium sub Iustiniano Imperatore interpretibus, in opusc. Tom. I pag. 347 sqq.

(2) Freylich nicht ganz ächt. Nemlich der Westgothische König Alarich (§ 5.) ließ aus des Cajus Institutionen einen Auszug machen, aber hier und da mit

Veränderungen, und diesen Auszug haben wir. Er steht in *Schulting* iurisprud. anteiustinianea, pag. 1. sqq.

(3) Vor Zeiten las man auf Academien durchaus über den Text der Institutionen. Jetzt geschieht dieß nicht mehr, oder doch selten. Man liest über ein Compendium. Ich muß aber allen Studierenden, welche gründliche Juristen werden wollen, auf das dringendste rathen, wenn sie ihr Institutionencompendium wohl gefaßt haben, auch den Text mit einem guten Commentar zu lesen; und unter allen Commentaren weiß ich keinen vorzüglichern, als den von Vinnius, dessen beste Ausgabe zu Amsterdam 1726. in Quart mit Anmerkungen von Heineccius erschienen ist. — — Inzwischen wäre es sehr zu wünschen, daß Vorlesungen über den Text der Gesetze wieder etwas mehr aufkämen. Man vergleiche hierüber, und besonders auch über die ältere Art des Vortrags der Jurisprudenz Hugo civil. Magaz. II. 3. 288. W.

(4) Die beste Ausgabe dieser Paraphrase ist die Reizische. Haag 1752. 2 Bnde in 4.

§. 9. Alter der Institutionen und Pandecten.

Es ist nützlich und nöthig, das Alter eines Gesetzbuches zu wissen; insonderheit zu wissen, welches von mehreren Gesetzbüchern und Stücken eines Gesetzbuches das ältere, welches das neuere sey. Davon wird uns der 15te Paragraph überzeugen. Unser Autor vergleicht deswegen hier das Alter der Pandecten und Institutionen mit einander. Welches von beyden Büchern ist älter? Man unterscheide drey Zeiten, die Zeit der Verfertigung, der Bekanntmachung, und der Bestätigung. Die Pandecten sind eher als die Institutionen verfertiget worden. Als die Pandecten schon ganz, oder wenigstens größtentheils fertig waren, fieng man erst an, die Institutionen zu schreiben. Aber die Institutionen wurden eher als die Pandecten bekannt gemacht. Die Institutionen ließ Justinian am 21. Nov. im Jahr 533 (*1), die Pandecten erst am 16ten December desselben Jahrs publiciren. Die Bestätigung erhielten beyde Bücher auf Einen Tag. Justinian verordnete, beyde sollten gesetzliches Ansehen (plenissimum constitutionum Iustinianearum robur) vom 30ten December des Jahrs 533. an haben.

(1) Das Proömium der Institutionen ist unterschrieben: D. CP. XI. Kal. Dec. D. Iustiniano PP. A. III. COS. Das heißt: Datum Constantinopoli XI. Kalendas Decembris, Domino Iustiniano perpetuo Augusto tertium consule. S. *Schroeder* observat. iur. civ. p. 5.

§. 10. Neuer Codex.

Nach Verfertigung des Codex, den wir §. 5. kennen lernten, hatte Justinian viele neue Verordnungen, über zweyhundert, publicirt. Manche alte Verordnungen des Codex war auch durch diese neuen Gesetze abgeschafft und aufgehoben. Justinian gab daher Befehl, den alten Codex zu revidiren, mit neuen Verordnungen zu vermehren; insonderheit die fünfzig Decisionen einzuschalten; die abgeschafften Verordnungen wegzulassen, auch sonst

alle nöthig scheinende Verbesserungen zu machen, und solchergestalt eine neue Ausgabe des Codex zu besorgen. Was Heineccius sagt, daß der alte Codex in vielen Stücken den Institutionen und Pandecten widersprochen, und daß dieses den Kayser bewogen habe, einen neuen Codex machen zu lassen, ist unerweislich; denn Justinian sagt in seiner Constitution de emendando codice Iustinianeo davon nichts. Tribonian und vier andre Rechtsgelehrte befolgten den Auftrag, und der neue Codex wurde unter dem Namen *codex repetitae praelectionis* im Jahr 534. bekannt gemacht. Der alte Codex hingegen wurde völlig abgeschafft, und sein gerichtlicher Gebrauch verboten. Ich habe von diesem neuen Codex folgendes anzumerken:

1) Der Name codex repetitae praelectionis kommt von der Gewohnheit der Alten her, ihre Bücher vor der Bekanntmachung öffentlich vorzulesen. Wer ein Buch zum zweytenmal mit Zusätzen oder Verbesserungen herausgab, wiederholte die Vorlesung. Daher heißt liber repetitae praelectionis, die zweyte Ausgabe eines Buches, codex repetitae praelectionis, ein neuer, verbesserter Codex.

2) Der Codex ist in zwölf Bücher; diese in Titel, die Titel in Gesetze, und die Gesetze bisweilen in prooemium und Paragraphen eingetheilt.

3) Die Originalsprache der meisten Gesetze im Codex ist die Lateinische. Der oben (§. 6.) angeführte Jensius behauptet zwar, viele Verordnungen im Codex, die wir für lateinische Originale hielten, seyen Uebersetzungen aus dem Griechischen. Aber seine Beweise sind hier eben so unzulänglich als bey den Pandecten (*1).

4) Nicht wenige Verordnungen, die vormals im Codex standen, sind durch die Nachläßigkeit der Abschreiber, und durch die Verwüstung der Zeit verlohren gegangen. Verschiedene Gelehrte, Augustinus, Cujacius (Cujas), Charondas, und Contius (le Conte) haben sie zum Theil aus den Griechischen Gesetzbüchern wieder hergestellt, und dem Codex einverleibt. Contius hat nach seiner Versicherung mit mehr als 150 solcher Verordnungen den Codex bereichert.

5) Der Codex ist, wie man aus dem bisher Gesagten sieht, von den Pandecten darin verschieden, daß jener eine Sammlung kayserlicher Verordnungen ist, diese aber Auszüge aus den Schriften der alten Rechtsgelehrten enthalten (*2).

6) Bey dem Allegiren des Codex ist, so wie bey den Pandecten, die natürlichste Art von der vormals eingeführten, und von der jezt gewöhnlichen zu unterscheiden. Wer den Codex nemlich allegiren wollte, und die eingeführte Art nicht kennete, würde setzen:

Codex Lib. 4. Tit. 18. L. 2. §. 2.

Auf diese Weise aber allegiren die Rechtsgelehrten nicht. Vor Zeiten führten sie den Codex also an:

L. receptitia §. his videlicet Cod. de constituta pecunia.

Receptitia nemlich ist das Anfangswort des zweyten Gesetzes im Titel de constituta pecunia, und mit his videlicet fängt sich der zweyte Paragraph in diesem Gesetze an. Weil diese Anführungsart aber die Unbequemlichkeit hat, daß der Aufschlagende die Anfangsworte aller Gesetze in dem allegirten Titel, und die Anfangsworte aller Paragraphen in dem allegirten Gesetze durchlaufen muß: so allegirt man in neueren Zeiten die Zahl des Gesetzes und des Paragraphes; man setzt:

L. 2. §. 2. C. (oder Cod.) de constituta pecunia.

oder auch die Anfangsworte und Zahl zugleich.

L. receptitia 2. §. his videlicet 2. C. de const. pec.

Will man das Allegat nachschlagen, so hat man im Titelregister den Titel de constituta pecunia zu suchen; dieses zeigt, daß er im 4ten Buche des Codex der 18te ist. Einige neue Juristen setzen noch die Zahl des Buches und des Titels bey, z. E.

L. 17. C. de pignor. (VIII. 14.)

Dieses verdiente allgemein eingeführt zu werden; denn da man heutiges Tages keine Vorlesungen mehr über den Codex hält, so kann man von einem Juristen nicht fordern, daß er die Titelfolge dieses Buches auswendig wisse (*3).

Anmerkung: In den Institutionen werden viele kayserliche Verordnungen citiret, welche im Codex nicht enthalten sind. Schaumburg (*4) hat sie aus den Institutionen ausgehoben, und ihren Inhalt erläutert. Die meisten dieser Verordnungen haben auch wohl nie im Codex gestanden. Einige aber, und zwar von Justinian selbst, gegebene Verordnungen standen vormals im Codex, und sind gleichwohl jetzt nicht mehr darin. So wird, z. B. im §. 27. Inst. de legat. desgleichen im pr. Inst. de bon. possess. eine Verordnung *de personis incertis*; im §. 7. Inst. de legit. agnat. success. §. 3. de success. libertor. und §. 2. I. de bon. poss. eine Verordnung *de iure patronatus*, und im §. 24. et 33. de act. eine Constitution *de plus petitionibus* angeführt (*5). Alle drey fehlen im Codex. Woher kommt dieß? Man giebt zweyerley Ursachen an. Einige sagen, zu der Zeit, als die Institutionen geschrieben worden, habe man den alten Codex noch gehabt, darin hätten diese drey Verordnungen gestanden, in dem neuen aber seyen sie weggelassen. Andere hingegen behaupten, mit besserm Grunde, die in den Institutionen allegirten, im Codex fehlenden Verordnungen hätten sowohl im alten als im neueren Codex gestanden, sie wären aber nachher entweder durch ein-

ein Versehen der Abschreiber verlohren gegangen, oder durch Zufall und Zeit zernichtet worden.

(1) Unpartheyische Critik über juristische Schriften, 3ter Band, 6ter Theil, 500 u. f. Seite.

(2) Doch kommen auch im Codex einige Auszüge aus juristischen Schriften vor. M. s. L. 6 et 7. C. ad L. Iul. maiest. (IX 8.). — — Gewissermaßen kann man aber die Bemerkung, welche oben § 6. not. b. bey den Pandecten ist gemacht worden, auch in Ansehung des Codex wiederholen. Bey weitem die mehrsten Verordnungen, welche hier gesammelt sind, enthalten Entscheidungen vorgekommener Rechtsfälle, und Antworten der Imperatoren auf Gesuche und Anfragen der Parteyen und Staatsbeamten. Dieß kommt überhaupt bey der Erklärung und Anwendung des R. R. sehr in Betrachtung. Der innere Gehalt der im Codex vorkommenden Entscheidungen unterscheidet sich nicht immer zu seinem Vortheile von den Aussprüchen der Rechtsgelehrten, welche die Pandecten enthalten. Nicht selten sind es Machtsprüche, welche die Imperatoren statt einer Entscheidung aus ächten Rechtsprincipien ergehen ließen. W.

(3) Schon die älteren Juristen setzten, wenn sie etwas aus den drey letzten Büchern des Codex anführten, die Zahl des Buches und Titels bey; theils weil diese Bücher sehr viele Titel, theils weil sie wenig practischen Nutzen haben, und daher von den Juristen so wenig gelesen wurden, daß man Niemand zumuthete, die Titelfolge auswendig zu wissen. — — Neuerer Zeit haben einige Rechtslehrer die natürliche Art zu allegiren überhaupt wieder einzuführen gesucht, welches aber bis jetzt noch wenige beobachten. Man schreibt: §. 7. Inst. III. 27. anstatt §. 7. I. de mandato. Man bezeichnet die einzelnen Stellen der Pandecten durch fr. d. i. fragmentum, und des Codex durch c. d. i. constitutio, fügt die Zahl solcher Stellen, wie auch der Bücher und Titel mit dem gewöhnlichen Zeichen der Pandecten oder des Codex hinzu, und allegirt also: fr. 1. pr. §. 1. D. 38. 2. oder XXXVIII. 2. D. fr. 1. pr. §. 1: d. i. erstes Fragment princip. und Paragraph 1. des 38sten Buchs, zweyten Titels der Pandecten, statt des bisher üblichen: L. 1. pr. §. 1. D. *de bonis libertor.* So auch im Codex c. 12. C. 4. 1. oder: C. IV. 1. c. 12. statt wie bisher: L. 12. C. *de rebus credit.* Man läßt auch wohl die Zeichen D. und C. weg, und allegirt jene Stellen: XXXVIII. 2. fr. 1. rc. und IV. 1. c. 12. W.

(4) *Io. Godofr. Schaumburg* de constitutionibus Imp. antiquis etc. Lemgov. 1735. 4

(5) Wahrscheinlich ist, daß auch eine Constitution Justinians über die Manumissionen, des Inhalts, wie §. ult. I. qui et ex quib. caus manumitt. non poss. im Codex gewesen ist. *Schaumburg* l. c. manip. 1, Obs. 1. Keinem gegründeten Zweifel unterworfen ist eben dieses von der Constitution de testimonio legatariorum in testamento, deren §. 11. I. de testam. gedenkt. S. *Vinn* ad h. § *Schaumburg*. manip. 2. obs. 5. Ferner von einer der Verordnungen, welche §. 24. I. de legat. angeführt wird, s. *Vinn.* ad h. §. ibique *Heinecc.* und von der, welche §. 34. ibid. citirt ist.

§. 11. und 12. Von Justinians Novellen.

Nachdem auch der neue Codex fertig war, regierte Justinian noch viele

Jahre. Weil ihm in dieser Zeit manche Fälle vorkamen, die in seinen Rechtsbüchern noch nicht entschieden waren, oder die er jetzt anders entscheiden wollte, als dort geschehen war: so gab er nach und nach noch eine ziemliche Anzahl neuer Verordnungen, worin er theils das alte Recht änderte, theils Fälle entschied, die in den vorigen Rechtsbüchern, Institutionen, Pandecten und Coder nicht vorkamen. Diese neuen Verordnungen heißen Νεαραι, *Novellae* (nemlich leges), und sind in einer Sammlung dem corpori iuris beygefügt worden. Ich habe mancherley darüber anzumerken.

1) Fragt sich's: wer hat die Sammlung der Novellen, welche wir besitzen, gemacht? Daß Justinian selbst eine Sammlung zu veranstalten versprochen hat, ist gewiß; auch daß er eine zu Stande gebracht habe, ist nicht mit Grund zu bezweifeln; wie der jüngere Hombergk und Winkler (*[1]) bewiesen haben. Ob aber die Sammlung, welche wir besitzen, dieselbige sey, die Justinian hat machen lassen, ist eine andere Frage. Aus verschiedenen Gründen ist zu schließen, daß wir die Justinianeische Sammlung nicht besitzen. Wenigstens ist gewiß, daß in unserer Sammlung manches steht, was nicht von Justinian ist, Verordnungen von Justin II., von Tiberius, und Eparchica, das heißt, Edicte gewisser hohen Magistratspersonen, welche praefecti praetorio, griechisch Ἐπαρχοι hießen (*[2]). Indessen ist unsere Sammlung doch alt: denn im 9ten Jahrhundert war sie schon vorhanden. Dieses sieht man aus einem griechischen Rechtsbuche dieses Jahrhunderts (*[3]), wo es heißt: die 160ste Novelle handle von usuris pecuniae municipalis. Eben dieses ist aber auch der Inhalt der 160sten Novelle in unserer Sammlung.

2) Welches ist die Originalsprache der Novellen? Hommel (*[4]) glaubt, die lateinische. Allein der vorhin genannte Hombergk (*[5]) zeigt, daß die meisten Novellen griechisch, einige auch griechisch und lateinisch zugleich publicirt worden sind. Indessen ist das griechische Original der Novellen lange unbekannt gewesen. Erst im Jahr 1531. gab es Gregorius Haloander zu Nürnberg heraus; diese Ausgabe enthält 137 Novellen, unter welchen aber 6 nicht vollständig sind (*[6]). Eine vermehrte aus einem vollständigern Manuscripte gab Heinrich Scrimger (*[7]) im Jahr 1558. heraus. Nur in wenigen Ausgaben des corp. iuris steht übrigens der griechische Text. Die allermeisten haben nichts als die gemeine lateinische Uebersetzung.

3) Die Novellen sind nemlich dreymal ins Lateinische übersetzt. Man hat die gemeine (*vulgata*), die Haloandrische, und die Hombergkische Uebersetzung. Die gemeine steht im corpore iuris. Ihr eigentliches Alter und Verfasser sind unbekannt; doch scheint sie im 9ten Jahrhundert schon existirt zu haben. Sie ist von Wort zu Wort gemacht, ohne Rücksicht auf das Genie der lateinischen Sprache und voll Barbarismen. Weit reiner und

eleganter ist die Haloandrische (*8). Die beste Uebersetzung aber ist die von Joh. Fried. Hombergk (*9).

4) Sehr merkwürdig ist die *epitome Iuliani*. Nemlich Julian, ein Rechtsgelehrter zu Constantinopel, machte um das Jahr 570. einen Auszug aus Justinians Novellen in lateinischer Sprache, der, weil er das, was Justinian in seiner bis zum Eckel weitläuftigen Sprache sagt, kürzer ausdrückt, groẞes Ansehen erhielt. Die besten unter den sehr vielen Ausgaben dieser epitome sind die Baselischen vom Jahr 1576. und die Pariser vom Jahr 1689. Es sind aber in Julians Auszuge nur 125, oder (nach einigen Ausgaben) 128 Novellen epitomirt.

5) Was gilt aber in der Praxis? das griechische Original, oder eine Uebersetzung, und welche? Billig sollte das Original gelten, und wenn man ihm eine Uebersetzung vorziehen wollte, so sollte man wenigstens die beste wählen; aber der Gerichtsbrauch nimmt weder das Original, noch die beste Uebersetzung, sondern die gemeine Version an (*10). Dieses kommt daher, weil zu der Zeit, als das corpus iuris in Deutschland recipirt wurde, nicht das Original, sondern die versio vulgata darin stand. Was aber zur Zeit der Reception vorhanden war, das wurde angenommen. Weicht also die vulgata von dem Text ab, so folgt man nicht dem Text, sondern der Uebersetzung. Z. E. in der 107. Novelle sagt die vulgata: die Eltern sollen im Testamente unter Kindern das Datum, und zwar mit eigener Hand beysetzen. Das Original sagt nur: **wenn die Eltern das Datum beysetzen wollen**, so sollen sie es mit eigener Hand thun (§. 460.). Eine andere Verschiedenheit zeigt Strube, am unten (Not. 10.) angeführten Orte.

6) Die Ueberschrift der Novellen im corp. iuris heiẞt: liber constitutionum Novellarum authenticarum; in andern: *Authenticae* sive Novellae. Den Namen authentica, orum, oder authenticae, arum, haben die Juristen des Mittelalters aufgebracht; der Grund der Benennung aber ist nicht bekannt. Einige glauben, sie hätten durch dieses Wort die ächte Justinianeische Novellen von dem Julianischen Auszuge unterscheiden wollen. Andere geben andere Ursachen an (*11).

7) Die Novellen sind, vermuthlich von den Glossatoren (§. 17.), in neun Theile, welche sie *collationes* nennen, und diese in Titel eingetheilt worden. Wenn daher die alten Juristen die Novellen allegiren wollten, so setzten sie: Authentica; alsdann die Anfangsworte der Novelle; darauf das Zeichen: §. welches das Capitel der Novelle bedeutete; sodann die Anfangsworte des Capitels, und endlich die Zahl der Collation, auch zuweilen die Zahl des Titels. Z. E.

Authent. plurimas, §. si igitur, Collat. 9. Tit. 1.

D. i. in der Novelle, welche sich anfängt: plurimas, das Capitel, dessen Anfangsworte sind: si igitur. Heutzutage setzt man das Wort Novelle, abgekürzt; darauf die Zahl der Novelle, das Wort *Cap.* und die Zahl des Capitels. Wenn das Capitel mehrere Paragraphen hat, setzt man pr. (das heißt principium oder prooemium), oder die Zahl des Paragraphen bey. Z. E. Nov. 118. Cap. 3. §. 1. (*12).

(1) *Aem. Lud. Hombergk* de collectione Novellarum a Iustiniano facta, schediasma; in *Zepernick.* delect. scriptor. Novell. Iustin. illustrant. p. 295. seqq. *Carol. Godefr. de Winkler* opusc. Vol. 1. p. 413. sqq. Vermuthlich ist aber diese Sammlung nicht publicirt worden. Glück's Pandecten 1. Th. 331. S.

(2) *Hoffmann* hist. iur. Vol. I. pag. 609. 624.

(3) Synopsis Basil. Lib. 23. Tit. 3. Cap 73. p. 251.

(4) *Ferd. August. Hommel* de textu Novellarum originario, coniecturae, in *Zepernick.* delect. pag. 267. seqq.

(5) *Aem. Lud. Hombergk* de novellarum constitutionum Imperatoris Iustiniani lingua originaria, et vulgatae versionis aetate, auctore et usu in foro diatribe, in *Zepernick.* delect. p. 177. seqq.

(6) *Voorda* elect. cap. 27.

(7) Das Leben dieses merkwürdigen Gelehrten beschreibt Zepernick in seinen Zusätzen zu Becks tract. de nov. Leon. S. 338. Wo diese Ausgabe, die ich selbst besitze, gedruckt sey, ist zweifelhaft; denn es steht kein Druckort auf dem Titel. Sie enthält 162 Novellen, die 13 Edicte Justinians, einige Verordnungen Justins, die Leonischen Novellen, und noch verschiedene Verordnungen von Zeno u. s. w.

(8) Die Haloandrische erschien mit dem griechischen Original zu Nürnberg 1531. in Fol. und ist nachher mehrmal wieder gedruckt. Ein Holländischer Rechtsgelehrter Agyläus (der im Jahr 1595. zu Utrecht starb, hat die Haloandrische Uebersetzung vermehrt herausgegeben. In Haloanders Edition fehlten viele Novellen, die nachher Scrimger herausgab; in manchen Novellen waren auch Lücken. Agyläus gab die Novellen also wieder lateinisch heraus, behielt die Haloandrische Uebersetzung bey, übersetzte aber auch die darin fehlenden Novellen, füllte die Lücken aus, und lieferte Varianten zum Haloander. Sein Buch ist unter dem Titel: Novellarum Iustiniani principis constitutionum supplementum zu Cölln 1560. in 8. herausgekommen. *Zepernick.* ad *Beck* p. 339. et in delectu cit. p. 62. sqq. — — Hiebey ist jedoch weiter nachzusehen: *A. G. Crameri* Progr. ad historiam Novellarum Iustiniani Imp. analecta litteraria. Kilon. 1794. pag. 20. etc. vergl. Thibaut's Versuche l. c. pag. 311. *Ph. F. Weis* pr. Historiae Novellarum litterariae particula prima, periodum Antehaloandrinam complexa. Marburgi 1800. W.

(9) Marburg 1717. 4.

(10) *Mauritius* de libris iur. commun. §. 16. in opusc. pag. 83. *Lauterbach.* coll. th. pr. prolegom. §. 6. n. 2. *Hoffmann* hist. iur. Part. 2. Cap. 12. §. 13. p. 283. Strube rechtl. Bedenken 2ter Band, 215te Seite. Indessen fehlt es nicht an Juristen, welche behaupten, daß man dem Originaltext und nicht der gemeinen Uebersetzung folgen solle. *Hunnius* de interpret. et auct. iur.

Lib. 2. Cap. 5. Glück in s. Pandecten 1. Th. 339. S. *Püttmann* miscellan. cap. 22. — — Diese Meynung dürfte auch allerdings den Vorzug verdienen. Denn da man einmal das Römisch-Justinianeische Recht als Gesetzbuch aufgenommen hat: so wird man es doch auch in seiner Aechtheit und Wahrheit, nicht aber in einer falschen Angabe seiner Vorschriften angenommen haben wollen. Usus et receptio iuris *Iustinianei* nos ligat, non vero minus accurata interpretatio legum ab homine privato concinnata. *Hombergk zu Vach* in praefat. Novell. W.

(11) *Scip. Gentil.* de secund. nupt. cap. 13. p. m. 85. *Alciat.* parerg. II. 46. *Bynkershoek* diatr. de auctore auctoribusve authenticar. cap. 1. in opusc. Halens. Tom. 1. p. 142.

(12) Um das Aufschlagen der Titel im corp. iuris recht leicht zu machen, hat Joh. Ludolf Walther lexicon iuridicum indices utriusque iuris corporis tam civ. quam canonici exhibens locupletissimos, Goetting. 1744. 8. herausgegeben, wo man jeden Titel unter allen möglichen Rubriken findet z. B. der Titel der Pandecten: qui testamenta facere possunt, et quemadmodum testamenta fiant, steht unter qui, unter testamentum, unter facere, unter quemadmodum und unter fiant. Wehe aber dem, der eines solchen Nothankers bedarf!

§. 13. Von den Authentiken.

In dem Codex findet man hier und da, ziemlich häufig, Stücke, welche ihm nicht auf Justinians Befehl, sondern erst in den neuern Zeiten einverleibt worden sind. Sie heißen *Authenticae*. Man bemerke von ihnen:

1) Das Wort *Authenticae* hat dreyerley Bedeutungen. Man versteht (a) darunter die Novellen Justinians (§. 12.). Diese Bedeutung aber ist jetzt nicht mehr üblich. Es bedeutet ferner (b) Verordnungen der Kayser Friedrichs des ersten und des zweyten, die in dem Codex stehen. Diese Kayser publicirten auf ihren Römerzügen in Italien manche Verordnungen. Einige davon schalteten die Juristen damaliger Zeit in den Codex ein. Z. E. Friedrich I. gab in einer Verordnung, die sich habita quidem anfängt, den Lehrern und Schülern der Rechtsgelehrsamkeit verschiedene Privilegien. Diese Verordnung ist in den Titel des Codex ne filius pro patre Lib. 4. Tit. 13. gesetzt worden. Endlich (c) versteht man unter Authentiken auch Auszüge aus den Justinianeischen Novellen, welche man unter die Gesetze des Codex gesetzt hat, auf die sie einigen Bezug haben. In den Novellen wird das im Codex enthaltene Recht theils bestätigt, theils abgeschafft, theils suppliret. Man hat also Auszüge aus den Novellen gemacht, und sie hie und da in die Titel des Codex eingeschaltet, wohin sie des Inhalts wegen gehörten. Z. E. in der Leg. 29. Cod. de testam. (VI. 23.) hatte Justinian verordnet, daß der Testirer den Namen des Erben mit eigner Hand schreiben sollte. In der Novelle 119. Cap. 3. hebt er dieses Gesetz wieder auf. Man

hat daher aus der Novelle einen Auszug gemacht, und ihn unter die Leg. 29. Cod. de testam. gesetzt.

2) Die Authenticae von der einen und der andern Art unterscheiden sich von den übrigen Gesetzen des Codex durch die Cursivschrift, womit sie gedruckt sind, und durch die Ueberschriften. Die Authentiken der Friedriche führen nemlich die Ueberschrift: *Nova Constitutio Friderici*, und über den Justinianeischen ist die Novelle allegirt, aus der sie genommen sind. Die Zahl aller Authentiken ist 223, darunter sind 13 von den Friedrichen.

3) Der Name Authenticae hat vermuthlich folgenden Ursprung. Im 12ten Jahrhundert wurden kurze Anmerkungen über das corpus iuris geschrieben, die man *glossas*, so wie ihre Verfasser *Glossatores* nannte (§. 17.). Unter diesen Glossen standen auch die vorhingedachten Verordnungen der beyden Kayser Friedrich und die Novellenauszüge. Sie wurden daher ebenfalls als Glossen angesehen. Weil sie aber doch vom Gesetzgeber herkamen, also gesetzliches Ansehen hatten, auch größtentheils aus den Novellen genommen waren, welche, wie gesagt, bey den Alten Authenticae hießen, so nannte man sie zur Unterscheidung von den übrigen Glossen: *authenticas*, nemlich glossas, Glossen von gesetzlicher Autorität, vom griechischen αὐθέντης dominus, αὐθεντία auctoritas.

4) Wer hat aber die Authentiken in das corpus iuris gesetzt? Von den Friedericianischen ist es ausgemacht, daß sie die Glossatoren dem Codex einverleibt haben. Allein über die Frage, wer der Verfasser der Justinianeischen Authentiken sey, ist ein hitziger Streit geführet worden (*[1]). Man hat dreyerley Meynungen. Die alten Juristen und einige Neuere behaupten, Irnerius (§. 17.) habe alle Authentiken gemacht. Pagenstecher hingegen in seiner Abhandlung: Irnerius iniuria vapulans, behauptet, die Authentiken seyen bald nach Justinians Zeiten verfertiget worden, Irnerius habe keinen Antheil daran, und werde also wegen der darin vorkommenden Irrthümer mit Unrecht getadelt. Eine dritte Parthey geht den Mittelweg, und nimmt an, daß Irnerius der Verfasser einiger Authentiken sey, daß aber manche schon vor ihm, manche von andern Juristen seines Zeitalters, verfertiget worden. Diese Meynung haben Bynkershoek, Scherz und Silberrad (*[2]) mit solchen Gründen unterstützt, daß sie seit dem fast allgemeinen Beyfall erhalten hat (*[3]).

5) Die Authentiken sind zwar Auszüge aus den Novellen, aber nicht immer getreue. Zuweilen enthalten sie den wahren Sinn der Novellen nicht. Der Verfasser der Authentiken hat die Novelle zuweilen nicht aufmerksam gelesen, oder nicht recht verstanden, oder vielleicht vorsetzlich ihre Vorschrift geändert. Die Novelle 134. C. ult. z. E. verordnet, daß das

Vermögen eines zum Tode verurtheilten Missethäters auf die Descendenten, und nach ihnen auf die Ascendenten bis zum dritten Grade fallen soll. Die Seitenverwandten sind ausgeschlossen. Wenn also mein Bruder zum Tode verurtheilt wird, so erbe ich ihn nicht. Die aus dieser Novelle gezogene Authentike bona damnatorum Cod. de bonis proscriptorum (IX. 49.) hingegen giebt den Descendenten, allen Ascendenten und den Seitenverwandten bis zum dritten Grade ein Erbrecht (*4).

6) Wenn man die Authentiken allegiren will, so setzt man a) das Wort authentica abgekürzt; b) die Anfangsworte der Authentike; c) den Buchstaben C. oder Cod. das heißt Codicis; d) die Ueberschrift des Titels im Codex, wo die Authentike steht. Z. E.

Auth. bona damnatorum C. de bonis proscriptor.

Hier ist die Authentike in dem Titel des Codex de bonis proscriptorum (Lib. 9. Tit. 49.), welche sich mit den Worten bona damnatorum anfängt, gemeynt. Wer ein solches Allegat nachschlagen will, muß den angeführten Titel des Codex aufsuchen, und alsdann die Anfangsworte der darin enthaltenen Authentiken durchlaufen, bis er die allegirte findet.

Zur Wiederholung und Uebersicht des Bishergesagten will ich noch eine chronologische Tafel hersetzen (*5):

Im Jahr 527 den 1ten April kam Justinian zur Regierung.
— — 528 den 13ten Februar gab er Befehl zur Verfertigung des ersten Codex.
— — 529 den 13ten April ließ er diesen Codex bekannt machen.
— — 530 den 15ten December befahl er, die Pandecten zu schreiben.
— — 531 }
— — 532 } wurden die Pandecten gesammelt, und da sie fertig waren, die Institutionen geschrieben.
— — 533 }
— — — am 21ten November wurden die Institutionen publicirt.
— — — am 16ten December wurden die Pandecten bekannt gemacht.
— — — am 30sten December erhielten die Institutionen und Pandecten gesetzliches Ansehen.
— — 534 den 16ten November wurde der Codex repetitae praelectionis bekannt gemacht.
— — 535 und den folgenden bis 559 wurden die Novellen publicirt.

(1) Die Hauptstreiter waren Cornelius van Bynkershök und Alexander Arnold Pagenstecher. Wohl keine juristische Controvers ist mit mehr Animosität und mit pöbelhafterem Schimpfen geführt worden, als diese. Die ganze Geschichte ist erzählt in den Hallischen Beyträgen zur jurist. gelehrten Historie, 2ten Bandes, 335. u. ff. Seite.

(2) *Bynkershoek* diatriba de auctore auctoribusve authenticarum, in opusc.

Halens. T. 1. p. 141. sqq. *Scherz* diss. de authenticarum auctoribus et auctoritate in *Zepernick* biga libellor. authenticas illustrantium, pag. 13 sqq. *Silberrad* ad *Heinecc.* Lib. 1. §. 419.

(3) Neuerlich hat indessen *Maur. Sarti* in Irnerio, bey *Zepernick* l. c. pag 129. sqq die erste Meynung wieder in Schutz genommen, und mit neuen Gründen unterstützt. Man s. auch Glück's Pandecten, 1. Th. 326 S.

(4) *Rittershus.* promuls error. Irnerianor. hinter s. expositione Novellar. method. p 756. und *Wissenbach* sylloge error. Irnerianor. hinter s. disp. ad Inst. p. 531. seqq. Daß der Verfasser der Authentiken fast nie den wahren Sinn der Novellen unrichtig vorgestellt habe, behauptet zwar *Al. Arnold Pagenstecher* in tract. Irnerius iniuria vapulans, edit. noviss. altero tanto auct. Groning. 1701. 4. und in den Zusätzen, die bey dessen aphorism. ad Inst. (Haderov. 1748.) stehen. Seine Argumente sind aber bey manchen Authentiken schwach genug.

(5) Eine ähnliche Tabelle giebt *Contius* lect. cap. 8. in Opp. pag. 30.

§. 14. Anhänge des Römischen Gesetzbuches.

Mit den Novellen schließt sich das corpus iuris romani. Man hat aber in neuern Zeiten noch Anhänge dazu gemacht, die in gegenwärtigem §. beschrieben werden. Der erste Anhang besteht aus den 13 Edicten Justinians. Justinian hat sie, wie die Novellen, erst nach Verfertigung seiner übrigen Gesetzbücher machen lassen. Sie sind entweder keine allgemeinen Gesetze, sondern betreffen blos gewisse Provinzen und Städte, oder entscheiden einen damaligen Religionsstreit. Die Ursprache ist griechisch, Agyläus hat sie ins Lateinische übersetzt. Auf sie folgen noch 2) einige Verordnungen Justinians, Justins II. und Tiberius II. von geringer Erheblichkeit; und 3) die Leonische Novellen.

Leo, mit dem Beynamen der Philosoph, regierte im Orient vom Jahr 886. bis 911. Er hat viele Verordnungen gegeben; worin manches dem Justinianeischen Recht zuwider verordnet worden ist. Leo erklärt z. E. das Testament eines Verschwenders, welches nach dem Justinianeischen Recht ungültig ist, für gültig, in dem Fall, wenn der Inhalt vernünftig ist. Er giebt den Castraten und Weibspersonen allgemein die Erlaubniß zu adoptiren, die sie nach Justinianeischem Recht nicht haben. Nach diesem Recht muß eine Schenkung, die sich über 500 Soliden oder 2000 fl. belauft, gerichtlich angezeigt werden; dies hat Leo aufgehoben. Hundert und dreyzehn dieser Verordnungen hat Scrimger (*1) herausgegeben, nachher sind sie dem corpori iuris angehängt worden. Ihre Originalsprache ist griechisch, die lateinische Uebersetzung hat Agyläus gemacht (*2).

Der vierte Anhang besteht aus den sogenannten constitutionibus Imperatoriis, oder Verordnungen des Kaysers Heraclius, Nicephorus, Constantinus Porphyrogennetus und anderer. Der fünfte ist ungleich

gleich wichtiger als alle vorhergehende, er enthält das Longobardische Lehnrecht. Man bemerke davon: 1) wenn ich jemanden eine Sache, z. E. ein Landgut, in Gebrauch gebe, mit dem Beding, daß er mir treu seyn, mein Bestes befördern und meinen Schaden abwenden soll: so sagt man, er habe ein Lehen, Feudum, erhalten; er heißt Vasall, ich Lehensherr. In den vorigen Jahrhunderten waren diese Lehen sehr häufig; man gab den Soldaten statt des Soldes, und den Civilbedienten statt der Besoldung Lehengüter. 2) Unter andern hatten auch die Longobarden, ein Volk von deutscher Herkunft, das sich im sechsten Jahrhundert in Italien niederließ, die Lehengüter eingeführt. Entstand über solche Güter zwischen Herren und Vasallen, oder unter den Vasallen selbst Streit: so ward er nach Gebräuchen und Gewohnheiten entschieden. 3) Zwischen den Jahren 1158. und 1168. sammelte ein Schriftsteller, dessen Name völlig unbekannt ist, diese Longobardischen Lehensgewohnheiten, nebst einigen Verordnungen der deutschen Kayser über die Lehen. Er brauchte dabey hauptsächlich die älteren Schriften zweyer Mayländischen Consuln, des Gerardus Niger und Obertus ab Orto, und ein Rechtslehrer zu Bologna, Hugolinus a Presbyteris hing das Werk unter Kayser Friedrichs des Zweyten Regierung dem corpori iuris an. Es führt den Titel: libri Feudorum, und ist in den ältern Ausgaben des corp. iuris in zwey Bücher, die Bücher in Titel abgetheilt. Ein Rechtsgelehrter aus Verona, Jacobus de Ardizone im dreyzehenten Jahrhundert, fügte noch eine neue Sammlung von Lehensgewohnheiten, Urtheilssprüchen und Verordnungen bey, die man capitula extraordinaria nennt. Sie fangen mit dem 59sten Titel des zweyten Buchs an. Allegirt werden diese Lehengesetze folgendergestalt:

I. Feud. 7.

II. Feud. 10.

Dieses spricht man gewöhnlich aus: primo Feudorum sieben, secundo Feudorum zehen, und versteht darunter den siebenten Titel des ersten Buches, den zehenten Titel des zweyten Buches (*3).

(1) Mit den Novellen Justinians, S. §. 13. Anm. 7.

(2) Die beste Nachricht von den Leonischen Novellen giebt Caspar Achatius Beck in seinem Tractat de Novellis Leonis. Zepernick hat diese Schrift mit beygefügten vortreflichen Anmerkungen und Abhandlungen zu Halle 1779. herausgegeben, und ich muß sie in dieser Gestalt jedem empfehlen, der gründliche Gelehrsamkeit schätzt.

(3) In den Amsterdamer Octavausgaben des corp. iur. sind die Longobardischen Lehnsgesetze in 5 Bücher abgetheilt, da aber, wo das dritte Buch anfangen soll, steht: deest liber tertius, libri quarti fragmenta. Gleichwohl fehlt gar nichts, sondern die Sache verhält sich so. Cujaz änderte die Eintheilung des

Longobardischen Lehnrechts, und vermehrte es; gab statt 2 Bücher, fünf. Er machte nemlich aus den capitulis ordinariis sein erstes, zweytes, drittes und die 72 ersten Titel seines vierten Buchs. In dieses vierte setzte er, vom 73. Titel an, die capitula extraordinaria. Sein fünftes Buch ist ganz neu, und enthält eine von ihm gemachte Sammlung Kayserlicher Verordnungen über das Lehenwesen. Gothofred bringt in seinem corp. iuris wieder alle capitula ordinaria in die ersten zwey Bücher. Nun schreibt er am Ende des zweyten Buches: hic est finis feudorum in editione vulgata. Sequuntur fragmenta sive extraordinaria capitula etc.; fängt diese capitula extraordinaria seltsam genug mit der Zahl 73 zu zählen an, da doch das 2te Buch sich mit dem 58sten Titel schließt; und endlich läßt er dann unter der Aufschrift: liber quintus de feudis das neue Cajuzische Buch folgen. Als der Gothofredische Text ohne dessen Noten zu Amsterdam im J. 1664. in Octav aufgelegt wurde: so wußte der Herausgeber oder Setzer sich gar nicht in die Sache zu finden, und setzte daher an das Ende des zweyten Buchs die vorhin angeführten albernen Worte: deest liber tertius, libri quarti fragmenta; die dann auch in den folgenden Amsterdamer und in andern Editionen wiederholt wurden.

§. 15. Welche Stücke des Römischen Rechtsbuchs haben gesetzliches Ansehen?

Nachdem wir alle Theile des corporis iuris kennen gelernt haben, so sind zwey Fragen zu beantworten: 1) Welche von den bisher beschriebenen Rechtsbüchern, und welche Stücke des corp. iuris haben gesetzliches Ansehen? 2) Wenn sich die Gesetze im corpore iuris widersprechen, welches geht dem andern vor?

Was die erste betrift, so ist die allgemeine Antwort: nur das Justinianeische Recht ist in Deutschland angenommen, und zwar nur die Theile desselben, die zur Zeit der Aufnahme vorhanden waren, und welche mit den eigentlich sogenannten Glossen versehen sind (§. 17. Nro. 2.). Justinian war kein Oberherr und Gesetzgeber der Deutschen. Sein Gesetzbuch gilt blos darum, weil es unsere Nation freywillig angenommen hat. Schon im 13ten, 14ten und 15ten Jahrhundert schlich es sich nach und nach in Deutschland ein. Am Ende des 15ten Jahrhunderts wurde seine gesetzliche Autorität durch ein öffentliches Reichsgesetz, die Kammergerichtsordnung vom Jahr 1495. bestätiget. Weil aber das Ansehen der Glossatoren in den damaligen Zeiten so groß war, daß man sie beynahe wie Gesetzgeber ehrte, so wurde nichts vom Römischen Recht in Deutschland aufgenommen, als was mit Glossen versehen war; quidquid non recepit glossa, id non recepit forum, ist die gemeine Regel (*1).

Daraus folgt dann, 1) daß die Fragmente des Codex Gregorianus und Hermogenianus, deßgleichen der Theodosianische Codex in unsern Gerichten kein gesetzliches Ansehen haben. Denn sie sind kein Justinianeisches Recht, und Justinian hat auch diese Sammlungen, als er seinen ersten

Codex publicirte, ganz abgeschafft. Er verordnete, daß es als ein falsum, als ein öffentlicher Betrug angesehen werden sollte, wenn man sie im Gerichte noch als Gesetzbücher allegiren würde. Indessen haben doch diese Bücher ihren großen Nutzen in der juristischen Auslegungskunst; denn man kann oft daraus das alte Römische Recht lernen, das in dem Justinianeischen Codex nicht steht, und das gleichwohl zur bessern Einsicht in das neue sehr nöthig ist. Ein merkwürdiges Exempel davon wird unten (§. 518.) vorkommen. Ferner stehen in dem Gregorianischen, Hermogenianischen und Theodosianischen Codex die Verordnungen weit vollständiger und ächter, als in unserm Justinianeischen, wo sie abgekürzt und verändert sind (§. 5. Not. 4.). Sie sind also in jenen Büchern leichter und richtiger zu erklären, als in diesem (*²).

2) Die Justinianeischen Authentiken gelten nicht ohne Unterschied, sondern man muß distinguiren: entweder stimmen sie mit ihrer Quelle, der Novelle, überein, oder nicht. Im ersten Falle kann von ihrer Gültigkeit keine Frage seyn. In dem letzten Falle ziehen verschiedene Juristen die Authentike vor, weil sie doch neuer, als die Novelle, und mit dem ganzen corp. iuris recipirt worden sey (*³). Die meisten aber behaupten, daß die Novelle vorgehe, wenn nicht erwiesen werden könne, daß eine Authentike der Novelle zuwider in der Praxis rechtsgültig angenommen sey (*⁴). Und dieß ist auch die richtigste Meynung; denn es ist nicht zu vermuthen, daß Kayser und Reich einen Irrthum oder vorsetzliche Verfälschung bey der Aufnahme des Römischen Rechts haben billigen und annehmen wollen, oder wenigstens jetzt billigen werden. Uebrigens möchte sich der Beweis, daß eine Authentike, die von der Novelle, ihrer Quelle, abweicht, in Deutschland als geltende Vorschrift eingeführt sey, bey wenig oder gar keinen Authentiken führen lassen.

3) Die Novellen des Kaysers Leo gelten, nach der richtigen Meynung, nicht in den Gerichten; denn sie sind kein Justinianeisches Recht, und man hatte sie zu der Zeit, als dieses aufgenommen wurde, noch nicht. Daß manches in Deutschland beobachtet wird, was in den Leonischen Novellen steht, kann nicht geläugnet werden. Aber es gilt nicht, weil es Leo so verordnet hat, sondern weil es dem Canonischen, oder Deutschen, oder Naturrecht gemäß ist (*⁵).

4) Die 13 Edicte Justinians, die einzelnen Verordnungen von ihm, von Justinus Minor, Tiberius II., Zeno und andern Kaysern, kurz, alles, was von Verordnungen noch auf Justinians Novellen folgt, ist in den Gerichten nicht angenommen. Denn es war zur Zeit der Aufnahme noch nicht im corp. iuris, und hat keine Glossen. Auch die Verordnungen im Codex gelten nicht, die zur Zeit der Reception noch nicht im corp. iuris waren, sondern erst nachher von Cujacius, Contius und andern aufgefunden und

eingeschaltet worden sind (§. 10.). Wenigstens ist dieses die gemeine und recipirte Meynung (* 6).

Hingegen haben gesetzliches Ansehen 1) die Institutionen und 2) die Pandecten. Nur muß man den obenbemerkten Unterschied unter Text und Compendien nicht vergessen. Der Text der Institutionen und Pandecten hat gesetzliche Kraft, nicht die Compendien (§. 6. 8.).

3) Der Codex repetitae praelectionis, so wie er zur Zeit seiner Aufnahme in Deutschland war.

4) Die Novellen; doch muß man hier einen Unterschied machen: die Novellen sind entweder mit Glossen versehen oder nicht. Von den 168 Novellen, die im corp. iur. stehen, sind nur 98, wie man gemeiniglich angiebt, glossiret (*7), die aber keineswegs in ununterbrochener Zahl fortlaufen, sondern glossirte und nicht glossirte Novellen stehen unter einander. Die Ursache, warum einige Novellen keine Glossen haben, ist bey manchen leicht zu begreifen, bey andern nicht. Nemlich einige waren zur Zeit der Glossatoren noch nicht aufgefunden, z. E. 166. 167. 168.; andere passen nur auf die Römische Staatsverfassung, z. E. Nov. 13. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31 rc. Die Glossatoren hielten es also nicht für der Mühe werth, sie zu erklären. Aber bey einigen Novellen fehlen auch die Glossen, ohne daß irgend jemand die Ursache einsehen kann, z. E. der 121. (s. §. 967.) 155. 160. 162. Dieses vorausgesetzt, bemerke man: die glossirten Novellen gelten, doch nur in so weit, als sie auf die heutige Verfassung anwendbar sind, z. E. also die 10. 41. 116. gelten nicht. Die nicht glossirten haben keine gesetzliche Gültigkeit, wegen der vorhin angeführten Regel: quod non recepit glossa, id non recepit forum. Der unten angeführte Menken (*8) hält zwar diese Meynung für unvernünftig, und glaubt, man sollte die nicht glossirten Novellen so gut, als die glossirten gelten lassen; ausser, wenn sie a) unächt, das ist, nicht von Justinian sind, oder b) auf die deutsche Verfassung nicht passen. Aber Zepernick (*9) hat doch verschiedenes zur Vertheidigung der gemeinen Meynung beygebracht, das nicht zu verwerfen ist.

5) Gelten die Fridericianischen Authentiken. Sie sind zwar nur für Italien, und ohne Consens der deutschen Reichsstände gegeben, haben also an sich keine gesetzliche Autorität; sie sind aber mit dem corpore iuris in Deutschland an- und aufgenommen worden (*10).

Da endlich 6) die Longobardischen Lehenrechtsbücher schon zu Friedrich II. Zeit dem corp. iuris angehängt wurden, und man sie als einen dazu gehörigen Theil ansah, so erhielten sie mit ihm gesetzliche Gültigkeit. Doch ist dieses nur von den sogenannten capitulis ordinariis zu verstehen, nicht von den extraordinariis. Diese haben der Regel nach kein gesetzliches Anse-

hen. Wer ein capitulum extraordinarium für sich anführt, der muß beweisen, daß es besonders in den Gerichten angenommen sey (*11).

(1) Eine merkwürdige Stelle von dem grosen Ansehen der Glosse s. in *Heineccii* hist. iur. lib. 1. §. 417. *. — — Die Einführung des Römischen Rechts in Deutschland geschah ursprünglich durch den Gebrauch, der freylich durch die unrichtige Vorstellung veranlaßt ward, deren §. 17. not. 1. näher gedacht wird. Natürlich aber sind nur diejenigen Theile des R. R. bey uns eingeführt, welche derzeit in den bekannten Rechtsbüchern vorhanden waren, und als bestehende Gesetze anerkannt wurden. Die Glossen sind es nun, woran wir beydes zu erkennen haben. Ist eine Stelle damit versehen, so ist das ein sicheres Kennzeichen, daß dieselbe zur Zeit der Einführung des Römischen Rechts in Deutschland, entweder in der Zeit bekannten Handschriften gar nicht vorhanden gewesen, oder doch nach herrschender Meynung nicht als geltend anerkannt, folglich auch in Deutschland nicht aufgenommen sey. Die nachherige Bestätigung des Römischen Rechts durch ausdrückliche Reichsgesetze bezieht sich unstreitig auf den Inbegriff der schon eingeführten Rechtstheile; daher die Regel quidquid glossa non agnoscit etc. allerdings gegründet ist. W.

(2) *Brunnquell* de codice Theodosiano, eiusque in codice Iustinianeo, usu, in opusc Tom. 1. p. 33. sqq. *Püttmann* probabil. lib. 1. cap. 7. p. 56.

(3) Dieser Meynung sind *Strauch* de Irnerio non errante cap. 2. thes. 7. *Besold* diss. de libr. iur. cap. 4. *Berlich* P. 2. dec. 257. n. 44. *Leyser* spec. 5. med. 5. coroll. 1. Tom. I. pag. 48. *Cramer* obs. iur. univ. T. 4. obs. 1043. p. 96. *Stryck* ad *Lauterbach.* prolegom. verb. *conveniunt.*

(4) Dieß behaupten *Lauterbach* in coll. theor. pract. prolegom. §. 5. ibique allegati. *Mauritius* de libr. iur. comm. opusc. p. 81. *Bach* histor. iurispr. p. 606. *Brunnquell* hist. iur. p. 270. *Silberrad* ad *Heineccium* §. 419. not. 8. *Müller* ad *Leyser* Obs. 7. — — Richtiger sagt man überhaupt wohl: diese Authentiken sind keine Gesetze, sondern Glossen, und heben also an sich keine Verordnung im Codex auf; sie mögen mit der Novelle, worauf sie sich berufen, übereinstimmen, oder nicht. Im letztern Falle versteht sich ihre Ungültigkeit ohnehin schon. Im erstern Falle aber leidet die Verordnung im Codex zwar eine Abänderung, aber nicht durch die Authentik, sondern durch die Novelle, als das neuere Gesetz selbst. Weber Versuche über das Civilrecht ꝛc. 1. 37. vergl. Berichtigungen und Zusätze zu den Institut. pag. 7. W.

(5) *Seger* diss. de novellis Leonis und vorzüglich *Zepernick* ad *Beck.* S. 403. haben dieß sehr gründlich ausgeführt.

(6) *Lauterbach* coll. theor. pr. prolegom. §. 5. *Richter* decis. P. 1. dec. 37. n. 48. *Zepernick* p. 527.

(7) Ein Verzeichniß derselben findet man in der alten Ausgabe von *Hoffmann.* hist. iur. pag. 327. in *Pagenstecher* sicilim ent. ad compend. *Lauterbach* manip. 4 p. 17. und bey Andern. — — Gewiß ist es, daß die Zahl 98. auf einem Irrthum beruhet, da man nach den ältern Ausgaben, wo die Novellen nicht mit fortlaufenden Zahlen bezeichnet waren, bloß die Titel der Collationen in eine Summe brachte, und dabey den dritten Titel Collat. 2. als eine besondere Novelle aufzählte, ob er gleich noch zur achten Novelle mit gehört. Nach der Summe der Titel brachte man also 98 Novellen heraus, anstatt daß nur 97 vorkom-

men. *Cramer* in citat. Analect. Litterar. ad histor. Novellar. pag. 7. wie auch Dessen Beyträge zur Geschichte der Novellen bey Hugo Civ. Magaz. III. 1. 36. In diesen lehrreichen Schriften ist aber noch weiter richtig bemerkt worden, daß nicht alle den Rechtsgelehrten des Mittelalters bereits bekannt gewesene Constitutionen darum schon den glossirten Novellen beygezählt werden können, indem sonst die Zahl der letztern noch beträchtlich vermehrt werden müßte, wie der Verfasser auch aus mehrern Beyspielen gezeigt hat, sondern daß nur diejenigen hieher gehören, welche derzeit wirklich ad corpus Novellarum gerechnet worden sind, und daß also, vermöge dieser Bestimmung, die Nov. 63. und 110, die man sonst gewöhnlich als glossirte angenommen hat, davon auszuschließen sind. Hiernach würden also folgende 95 Novellen die eigentliche Zahl der glossirten ausmachen. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 12. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 22. 23. 33. 34. 39. 44. 46. 47. 48. 49. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 60. 61. 66. 67. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100. 105. 106. 107. 108. 109. 111. 112. 113. 114. 115. 116. 117. 118. 119. 120. 123. 124. 125. 127. 128. 131. 132. 134. 143. 159. Diesen fügt *Weis* cit. ad §. 12. n. 8. noch die 38ste Novelle bey. Practische Gültigkeit kann sie vermöge ihres Inhalts nicht haben. Auch im Codex und in den Pandecten kommen einige nicht glossirte und schon darum in unsern Gerichten nicht geltende Stellen vor. Sie sind aber in den gewöhnlichen Ausgaben, besonders den Gothofredischen, theils durch ausdrückliche Bemerkung, daß die Worte in der Folge erst von Kritikern hergestellt worden, theils durch die fehlenden oder nicht vollständigen Ueberschriften leicht zu unterscheiden. Z. B. im Codex L. 36. 39. und 40. de *episcop. et cleric.* (I. 3.) L. 4. *de in ius vocando.* L. 29. 30. *de usuris.* In den Pandecten findet man Tit. *de bonis damnator.* (XLVIII. 20.) und *Tit. de interd. et relegat.* (XLVIII. 23.) ähnliche Beyspiele. Der Cursivdruck ist aber kein ausschließendes Kennzeichen dieser nicht glossirten Stellen. W.

(8) *Gothofr. Ludov. Menken* diss. de novellarum glossatarum et non glossatarum auctoritate iuris. Lips. 1707.

(9) Am a. O. S. 529. — — vergl. die vorhergehende Note 1. W.

(10) *Silberrad* ad *Heinecc.* lib. 1. §. 419 pag. 611.

(11) Denn sie sind nicht mit Glossen versehen, auch die Juristen, welche auf die Glossatoren folgten, haben diese capitula extraordinaria nie als Gesetze angesehen. *Hunnius* de interpr. et auctor. iur. L. 2. C. 8. Quaest. 2. *Struv.* Synt. iur. feud. C. 1. §. 7. n. 10. *Silberrad* l. c. lib. 1. §. 420. not. 3. p. 624. *Reinhard* ad *Christ.* vol. 1. obs. 61. *Möller* distinct. feudal. C. 1. dist. 3. p. 23. edit. noviss. Anderer Meynung sind *Cuiac.* ad II. feud. 73. und *Finkelthaus* Disp. feud. 2. controv. 16.

§. 16. Was ist Rechtens, wenn sich die Theile des Römischen Gesetzbuches widersprechen?

Die zweyte Frage war: wenn sich die Verordnungen des corporis iuris widersprechen, welche hat den Vorzug? Die allgemeine Regel ist: das neuere Gesetz wird dem ältern vorgezogen, lex posterior derogat priori (*[1a]).

Daraus folgt, 1) daß die Novellen, als die allerneuesten Gesetze (man sehe die chronologische Tabelle §. 13.), den übrigen Verordnungen und Büchern, dem Codex, den Pandecten und Institutionen vorgehen. Ist unter den Novellen selbst ein Widerspruch, so hat die jüngere den Vorzug vor der ältern. 2) Der Codex derogirt den Institutionen und Pandecten; denn er ist jünger als diese, wie die eben angeführte Tabelle zeigt (*1 b). Uebrigens sind doch nicht alle Juristen dieser Meynung; verschiedene (*2) läugnen, daß der Codex den Pandecten derogire. Allein ihre Argumente sind nicht überzeugend, auch ist der Streit größtentheils Wortstreit (*3). Soviel ist übrigens gewiß, daß die Fälle selten sind, wo Sätze der Pandecten im Codex abgeschafft sind, und daß man, wo es nur immer möglich ist, die Gesetze des Codex mit den Pandecten zu vereinigen suchen, und keine Antinomie annehmen muß (in dubio inter pandectas et codicem non est statuenda contradictio.) (*4).

3) Wie steht es aber, wann die Institutionen und Pandecten streiten? Die Pandecten sind eher geschrieben, die Institutionen eher publicirt, aber beyde haben auf Einen Tag gesetzliches Ansehen erhalten. Die Juristen sind daher sehr verschiedener Meynung (*5): Einige geben den Pandecten, andere den Institutionen den Vorzug. Die richtigste Meynung ist, daß man zwey verschiedene Fälle unterscheiden müsse. Der erste Fall ist: die Institutionen sind aus den Pandecten ausgeschrieben, und der Verfasser hat sich bey dem Excerpiren geirrt, den Sinn der Pandecten nicht richtig in die Institutionen übertragen. In diesem Falle gehen die Pandecten vor; denn das Original muß doch billig dem Excerpt vorgezogen werden, und wollte man die Institutionen vorziehen, so würde man einen Irrthum begünstigen. Unser Autor giebt einige Exempel. Nach der L. 7. §. 7. de adquirendo rerum dominio ist das Dreschen des Getraides keine Specification. (Man sehe unten §. 321.) Der §. 25. Inst. de rerum divis. ist ein Auszug aus jenem Gesetze. Weil aber die Verfasser der Institutionen die Schlußworte des Gesetzes nicht gelesen haben, so rechnen sie das Dreschen irrig zur Specification. Hier werden billig die Pandecten vorgezogen. Der zweyte Fall aber ist: Justinian hat in den Institutionen vorsetzlich eine Verordnung der Pandecten abgeändert. Wenn das erhellet, so muß man die Institutionen vorziehen. Man würde sonst gegen den Willen des Gesetzgebers handeln. Z. E. vermöge der L. 23. §. 3. D. de rei vind. gehört, wenn ich auf eines andern Tafel etwas male, das Gemälde dem Herrn der Tafel. Im §. 34. Inst. de rer. div. aber hat Justinian dieses aufgehoben, und mir, dem Maler, das Gemälde zugesprochen. Die Institutionen also haben den Vorzug (*6).

(1 a) Daß alle Theile des Römischen Rechts in Deutschland zu gleicher Zeit eingeführt sind, steht der Anwendung dieser Regel nicht entgegen, um darnach

die Ordnung gedachter Theile zu bestimmen, wie dieß neuerer Zeit der Verfasser der Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen zu bestreiten gesucht hat. Denn indem man in Deutschland nur das Römisch-Justinianeische Recht aufgenommen hat, können ja die Gesetze und Vorschriften nicht gelten, die schon selbst vermöge dieses aufgenommenen Rechts ihre Gültigkeit verlohren haben. Die angeführte Regel ist es nun, welche dieß näher bestimmt. W.

1 b) *Hubert. Giphan.* explanat. difficilior. LL. Cod. praefat. special. pag. 6. sqq. *Hunnius* de auctoritate et interpretatione iuris, Lib. 2. Cap. 2. Qu. 1. *Galvanus*, de usufructu Cap. 31. *Goehausen* peric. academ. Part. 1. Qu. 12. Part. 2. Qu. 2. *Frantzkius* Comment. ad Pand. Prooem. n. 14. seqq. *Struv.* Exercit. 1. thes. 69. *Hagemeier* de auctorit. iuris civ. et canon. cap. 5. *Reinold* ad *Mercer.* p. 124. (edit. de a. 1712.)

(2) *Mauritius* de libris iuris communis, thes. 14. in opusc. p. 79. *Lauterbach* Conclus. forens. Exerc. 1. thes. 13. *Al. Arn. Pagenstecher* benedict. collat. 6. pag. 74. sqq.

(3) Wenn Stellen in den Pandecten einander widersprechen, so läßt sich die Regel: lex posterior etc. so schlechterdings nicht anwenden, daß man nemlich behaupten müßte, diese Stelle ist von einem neuern Juristen als jene, also geht diese jener vor. Kann man zeigen, daß der ältere Jurist von einem Rechte redet, welches zu seiner Zeit noch galt, und daß dieses Recht zu der Zeit, als der Neuere schrieb, abgeschafft war; so versteht sichs, daß man dem folgt, was der Neuere sagt. Außer diesem Falle aber entscheidet das Alter nichts, sondern man muß die Meynung vorziehen, welche der Rechtsanalogie am gemäßesten ist. Man s. von dieser streitigen Materie *Reinold* l. c. p. 126. *Eckhard* hermenevt. iur. lib. 1. cap. 1. §. 42. et 43. *Laur. Andr. Hamberger* opusc. p. 300. sqq. *Püttmann* probabil. lib. 2. cap. 3. et in miscellan. cap. 23. *Koehler.* praetermiss. ad constit. *Adami* pag. 31. Glücks Pandecten 1. Th. 313. S. Eben so wenig läßt sich jene Regel im Codex anwenden, man müßte denn auch hier zeigen können, daß die ältere Verordnung offenbar durch die jüngere aufgehoben sey. *Pufendorf* Tom. 4 Obs. 13.

(4) Ich sage, selten, aber es giebt doch Widersprüche. Ein auffallendes Beyspiel sind L. 26. §. 13. de condict. indeb. und L. 19. de legat. welche durch die L. pen. Cod. de condict. indeb. (IV. 5.) aufgehoben sind. M. s. *Hert.* diss. de elect. ex obligat. alternativa sect. 2. §. 2. — — Nach der Vorschrift Justinians sollten zwar die Pandecten nur das zu seiner Zeit noch geltende gemeine Recht enthalten. Ganz ist aber diese Absicht so wenig als die Vorschrift, alle unnütze Wiederholungen und Widersprüche zu vermeiden, erfüllt worden. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des R. R. §. 28. welcher hiebey vorzüglich nachzulesen ist, führt folgende Regel sehr gründlich aus: „Wenn der Wortverstand des Codex dem Wortverstande der Pandecten widerstreitet; so müssen die widerstreitenden Stellen der Pandecten als antiquarisches Recht weichen, es sey denn, daß sich ohne Zwang, und ganz offenbar „die Nothwendigkeit einer Restriction des Codex darthun ließe." W.

(5) Man sehe *Eyben* in observ. ad Instit. Prooem. obs. 3. in oper. p. 79.

(6) *Müller* ad *Struv.* Exerc. 1. thes. 69. lit. 1). *Siberrad* ad *Heinecc.* §. 399. lit. a. p. 547. *Pagenstecher* l. c. *Müller* ad *Leyser* obs. 9.

§. 17.

§. 17. Wie gilt das Römische Recht in Deutschland?

Das Römische Recht ist in unserm Vaterlande angenommen und eingeführt (*). Die Frage ist nur: wie ist es angenommen? Man bemerke drey Sätze: das Römische Recht ist zwar im Ganzen (*in complexu*) als gemeines Recht angenommen, aber doch nur als ein Hülfsrecht (*in subsidium*). 1) Es ist *in complexu* eingeführt, das heist: nicht etwa einige einzelne Bücher oder Gesetze des corp. iuris sind angenommen, sondern es ist ganz eingeführt; 2) es gilt als gemeines Recht, d. i. der Regel nach in den vorkommenden Rechtssachen überall in ganz Deutschland, mithin beydes sowohl in geographischer Rücksicht, als auch in Ansehung der Rechtsgegenstände, dergestalt, daß, wenn jemand ein Gesetz daraus anführt, er, wie die Praktiker sagen, fundatam intentionem hat, das ist: die Präsumtion streitet für ihn, daß dieses Gesetz in den Gerichten gelte, und zwar so lange, bis sein Gegner das Gegentheil beweist; bis dieser nemlich zeigt, entweder daß dieses Gesetz auf die heutige Verfassung nicht passe, oder daß ein conträres deutsches Gesetz über diesen Fall vorhanden sey. Denn das Römische Recht ist 3) nur als ein Hülfsrecht eingeführt, nur in den Fällen, wo wir keine deutschen Gesetze oder Gewohnheiten haben. Ist also in einem gegebenen Falle ein Stadtrecht, oder Stadtbrauch, ein Landrecht, oder ein Landesbrauch, ein allgemeines deutsches Reichsgesetz, oder eine allgemeine deutsche Gewohnheit vorhanden, so muß das Römische Recht nachstehen (**), wovon sich in der Folge mehrere Beyspiele zeigen werden.

Als eine Zugabe zu diesem Abschnitte will ich noch etwas von den Basiliken, von der Glosse, von den besten Ausgaben des *corporis iuris*, und von den juristischen Abkürzungen beybringen.

1) *Basilica.* Nach Justinians Regierung fing sich der Gebrauch der lateinischen Sprache im Römisch-orientalischen Kayserthum an, immer mehr zu verlieren, und diese Sprache wurde von der griechischen verdrungen. Manche Gesetze des Justinianeischen Gesetzbuchs kamen in Abgang, manche wurden ausdrücklich abgeschafft. Kayser Basilius Macedo, der im neunten Jahrhundert zu Constantinopel regierte, veranstaltete daher ein neues Gesetzbuch in griechischer Sprache. Ob es unter seiner Regierung vollendet worden ist, weiß man nicht. Sein Sohn Leo ließ an der Arbeit fortfahren, sie entweder vollenden, oder wenigstens nochmals übersehen, und publicirte das Werk. Der Nachfolger Constantin Porphyrogennetus ließ um das Jahr 912. eine neue Ausgabe machen. Dieses Werk nun heißt Basilica, oder libri Basilicorum. Es ist eine Sammlung aus damals vorhandenen griechischen Uebersetzungen der Institutionen, der Pandecten, des Codex, und aus den Novellen Justinians (**). Man hat aus diesen Büchern und Gesetzen

die Stellen, welche von einer und derselben Materie handeln, ausgezogen, unter gewisse Titel gebracht, und diese Titel in beliebiger Ordnung zusammengefügt. Aus den Institutionen ist sehr wenig aufgenommen. Gesetze, welche indessen abgekommen, oder abgeschafft worden waren, ließ man weg, oder änderte daran. Das ganze Werk bestand aus 6 Theilen und 60 Büchern. Es hat sich größtentheils bis auf unsere Zeiten erhalten. Ein französischer Jurist, Fabrot, hat zu Paris 1647. in Fol. 39 Bücher ächt, und zwar 33 vollständig, 6 unvollständig herausgegeben; statt der ganz fehlenden 21 aber eine Art von Supplement, eine Compilation aus andern griechischen juristischen Schriften geliefert (*3). Noch 4 Bücher hat Meermann im fünften Bande seines Thesauri herausgegeben (*4).

2) Glosse. Im zwölften Jahrhundert lebte in Bologna ein berühmter Jurist, Irnerius, den auch andere Hirnerius, Warnerius, Guarnerius ꝛc. nennen. Er zog das Justinianeische Recht, das lange im Staube gelegen hatte, wieder hervor, und fieng an, es sowohl mündlich, als durch schriftliche Anmerkungen (*glossas*) zu erklären. Seine Schüler, und andere auf ihn folgende Rechtsgelehrte, als Bulgarus, Martinus, Placentinus, Pyleus, Azo schrieben ebenfalls solche Glossen, und im Anfang des 13. Jahrhunderts sammelte Accursius, ein Rechtsgelehrter, der auch eine Zeitlang das Recht zu Bologna gelehrt hatte, alle diese Anmerkungen, brachte sie in Ordnung, fügte seine eigenen bey, und gab das berühmte corpus iuris glossatum heraus (*5).

3) Ausgaben des *corporis iuris*. Sie sind entweder mit oder ohne Noten; die mit Noten, entweder mit Glossen, oder neueren Anmerkungen. Die glossirten haben entweder die Glossen allein, oder mit neueren Noten vermischt.

Unter den Ausgaben ohne Noten sind die richtigsten und bequemsten die Amsterdamer, in groß 8. von 1664. 1681. 1687. und 1700. Man schätzt die von 1664. wegen ihren vorzüglich saubern Lettern und schönem Papier. Sie hat einen berühmten Druckfehler: über dem fünften Buch der Pandecten steht pars secundus (*6). Die von 1700. aber ist auch sehr sauber, und wie ich aus eigenem Gebrauche weiß, sehr richtig. Warnen muß ich vor der Ausgabe, welche zu Halle im Jahr 1755. mit Heineccius Vorrede herausgekommen ist. Sie ist voll Druckfehler.

Glossirte Ausgaben, welche nichts als die alten Glossen haben, sind die älteren, welche vor dem Jahr 1550. herausgekommen sind. In den Ausgaben der folgenden Jahre sind Noten aus den Schriften des Alciat, Budäus und Contius beygefügt. Diese Editionen sind entweder von Dionysius Gothofredus besorgt, oder von andern. Gothofredische sind die von 1589.

von 1604. und eine dritte verbesserte und vermehrte von 1612. Alle diese sind zu Lion herausgekommen, und bestehen aus 6 Foliauten. Die letzte vom J. 1612. hält man unter allen glossirten Ausgaben für die beste. Ausser diesen Gothofredischen glossirten Editionen aber hat man auch viele andere, unter welchen die besten sind: die Lioner von 1554. fol. mit dem Zeichen des Salamanders; die, welche ebendaselbst 1580. fol. mit dem Zeichen des Löwen herausgekommen ist; die von Contius zu Paris 1576. fol. besorgte (welche im Jahr 1581. einen neuen Titel bekommen hat); und endlich die, welche Peter Baudoza zu Lion 1593. in 4 Quartbänden herausgab. Diese ist sehr accurat, und schätzbar, weil die verschiedenen Lesearten sehr vollständig darin angeführt sind (*7a), aber wegen der sehr kleinen Lettern nur für gute Augen lesbar. Man hat sie auch mit einem neuen Titelblatte, worauf Lugd. 1600. und das Zeichen eines Löwen steht.

Unter den Ausgaben mit den Noten neuerer Rechtsgelehrten ist die Gothofredische die berühmteste. Dionysius Gothofredus hat nemlich, ausser den vorhin angeführten Editionen des corporis iuris glossati, auch noch eine Ausgabe mit seinen eigenen Noten besorgt. Diese kam zum erstenmal zu Lion 1583. in 4. heraus. Gothofred hat sie nachher noch viermal verbessert und vermehrt. Die letzten Verbesserungen befinden sich in der Genfer Edition von 1624 (*7b). Unter den Ausgaben der folgenden Jahre, die größtentheils sehr fehlerhaft sind, ist die Frankfurter von 1663. in groß 4. (auf dem Titel stehen vier geschlungene Hände) die beste. Die vom Jahr 1688. mit demselben Zeichen, soll, wie man sagt, schon nicht so fehlerfrey seyn (*8). Im Jahr 1663. gab ein Holländischer Jurist, Simon van Leeuwen, die Gothofredische Edition mit beygefügten neuen Anmerkungen in zwey Folianten heraus. Diese Edition ist schön und correct, und wird daher vorzüglich geschätzt. Das, was übrigens van Leeuwen von seinem Eignen zugethan hat, ist unbedeutend (*9). Eine neue Auflage, die zu Löwen 1726. gemacht wurde, ist fehlerhaft. Die von Leeuwensche Edition ist auch in den Jahren 1705. 1720. und 1740. in Leipzig in groß 4. wieder aufgelegt worden, unter welchen Auflagen Rücker die von 1720. und 1740. vorzüglich rühmt. Wieling (*10) sagt von der vom Jahr 1720. sie sey omnium quotquot exierunt, emendatissima atque locupletissima.

Editionen mit andern (als Gothofredischen) Anmerkungen sind 1) die Rusardische, Lion 1561. fol. und Antwerpen 1567. und ebendas. 1570. in 8 (*11). 2) Die von Contius, Lion 1569. fol. und 1571. in 14 Bänden Sedez. 3) Die von Charondas, Antwerpen 1575. fol. (*12). 4) Die von Gebauer und Spangenberg, Göttingen, erster Theil 1776. und 2ter Theil 1796. (*13).

Die in dem Römischen Gesetzbuche und in neueren Schriften vorkommenden gewöhnlichen Abkürzungen sind folgende:

A. Augustus, *A. A.* Augusti.
de A. vel A. P. adquirenda, vel amittenda po sessione.
de A vel O. H. adquirenda vel omittenda hereditate.
de A. R. D. adquirendo rerum dominio.
arg. L argumento legis. Das heißt: der Satz steht nicht ausdrücklich im Gesetz, man kann ihn aber doch daraus schließen.
b. f. bona fides.
B. p. sec. tab. Bonorum possessio secundum tabulas.
B. p. contr tab. Bonorum possessio contra tabulas.
CC. Caesares.
C. Th. Codex Theodosianus.
C. E. V. contrahenda emtione venditione.
D. divus. z. E. *D. Pius*, zuweilen aber auch Dominus, z. E. D. Iustinianus. §. 9. (1).
D. D. Doctores.
Don. m. c. Donatio mortis causa.
h t. hoc titulo.
de H P. hereditatis petitione.
i. infra.
I. *V. D.* iuris utriusque Doctor, d. i. Lehrer des Römischen und Canonischen Rechts. Dieser Name kam im Mittelalter auf, wo nur diese beyden Rechte gelehrt wurden.
ICtus. Iurisconsultus.
L. lex, *LL.* leges.
m. f. mala fides.
de N. O N. novi operis nunciatione.
N. N. p. non numerata pecunia.
de O. I. origine iuris.
de O. et A. Obligationibus et actionibus.
P. P. Patria potestas, auch Praefectus Praetorio.
P. V. Prafectus urbi.
de R. C. rebus creditis.
de R. I. regulis iuris.
R. I. I. restitutio in integrum.
de R. N. ritu nuptiarum.
de R. V. rei vindicatione.
de S. P. R. servitutibus praediorum rusticorum.
de S. P. V. servitutibus praediorum urbanorum.
s. supra.
SC. Senatus consultum.
t. t. totus titulus.
de V. O. verborum obligationibus.
de V. et R. S. verborum et rerum significatione.
de V. S. verborum significatione.

(1) In unsern Zeiten haben einige das Paradoxon aufgestellt, das Römische Recht sey nicht recipirt. Am Ende heist das weiter nichts, als im Mittelalter habe man die deutschen Kayser als Nachfolger der Römischen, und das deutsche Kayserthum als eine Fortsetzung des Römischen angesehen; man habe also geglaubt, daß die Deutschen das Römische Recht mit der Römischen Monarchie geerbt hätten, habe ihm den Eingang in Deutschland nicht als einem fremden, sondern als einem einheimischen Recht verstattet. Allein wie folgt aus dem

allen jener Satz? —— Denn wenn gleich jene unrichtige Vorstellung zuerst dem Römischen Rechte Eingang in Deutschland verschafft hat, so bleibt es darum an sich doch ein aufgenommenes fremdes Recht. *C. F. Walch* introduct. in controvers. iur. civ. Prolegom. cap. 1. §. 1. und das. angeführte Rechtslehrer, denen noch beyzufügen ist: Pütter in den Beyträgen zum Deutschen Staats- und Fürstenrechte Th. 2. No. 23. etc. W.

(2) Adolph Dietr. Weber's Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des Römischen Rechts; in den Versuchen über das Civilrecht rc. No. 1. Ich will daraus noch einige Regeln hersetzen, welche, außer den schon vorgetragenen, bey Anwendung des Römischen Rechts zu beobachten sind. 1) **Man sehe zu, ob der Satz, wovon die Rede ist, ein wirkliches Gesetz sey.** Ich habe schon (§. 6.) angemerkt, daß nicht alle Stellen der Pandecten Gesetze sind. Zuweilen wird auch in den Pandecten eine gewisse Meynung nur angeführt, und nicht gebilligt. Daß die Justinianeischen Authentiken, welche nicht mit ihren Quellen, den Novellen, harmoniren, kein gesetzliches Ansehen haben, ist ebenfalls oben (§. 14.) bemerkt. 2) **Die Verordnungen, welche sich blos auf Römische, in Deutschland ganz unbekannte Sitten und Verfassungen beziehen, leiden bey uns keine Anwendung.** Wir wissen z. E. nichts von der Legitimation per oblationem curiae (§. 143.), von dem Verbot der Ehe zwischen einem magistratu provinciali und einer Weibsperson in der Provinz (§. 126.), von der größten capitis Deminution 3) **Auf solche Gegenstände und Geschäfte, welche den Römern ganz unbekannt waren, und blos deutschen Ursprungs sind, läßt sich das Römische Recht nicht anwenden.** Z. E. auf die Einkindschaft (§. 151.), Abfindung der Kinder (§. 164.), Erbleihen (§. 903.), Patrimonialgerichtsbarkeit (§. 1236.) rc. Man sehe auch Glück's Pandecten, Buch 1. Tit. 2. §. 56.

(2) Noch vieles andere rechnen *Suarez* in notit Basilicor. §. 24. seqq. und *Bach* histor. jurisprud pag 659. zu den Quellen der Basiliken, allein mit Unrecht. Kayser Leo giebt in dem Proömium der Basiliken selbst keine andere Quellen, als Institutionen, Pandecten, Codex und Novellen an, und der Anblick zeigt es auch, daß die Verfertiger des Werkes weiter nichts gebraucht haben. Von den Verordnungen der Kayser nach Justinian ist nur eine einzige, eine von Kayser Tiberius, benutzt worden. S. *Hoffmann* hist. jur. Tom. I. part. 1. p. 657. Ob aus den Novellen des Kaysers Leo etwas eingeschaltet sey, ist zweifelhaft. S. *Beck* de Novellis Leon. ex edit. *Zepernick* p. 63. seq.

(3) Siehe mein Programm de libris Basilicorum Giss. 1774. und Hugo Civilistisches Magazin, 2. Bandes 18. St.

(4) Von dem Nutzen der Basiliken in Erklärung dunkler Gesetzstellen habe ich mich noch nicht durch viele Proben überzeugen können. Gewöhnlich gehen die Herren Basiliker über schwere Stellen weg, wie der Hahn über Kohlen, und zeigen, daß sie solche so wenig verstanden haben, als wir. Manche übersetzen sie offenbar unrichtig, denn sie waren im Lateinischen gar keine große Helden. Man s. *Püttmann* syll opusculor pag. 79 miscellaneor. pag. 95. Mehr Nutzen haben die Basilica bey Bestimmung der ächten Leseart. So giebt z. E. die Stelle L 1. § 21. non est necesse corpore et *actu* apprehendere possessionem, keinen rechten Sinn. Wenn man aber liest, wie die Basiliker gelesen haben, corpore et *tactu*, so ist alles klar. Von den übrigen Römisch-Griechi-

schen Rechtsbüchern ist hier nicht der Ort zu reden. Eine Nachricht aber, die mir der verstorbene Professor Schott in Leipzig einst gab, kann ich nicht unterdrücken, daß die Griechischen Kaufleute alle diese Bücher in der Leipziger Messe aufkaufen, und nach Griechenland schicken, daher sie in Deutschland immer seltner werden.

(5) So unwissend die Glossatoren in der griechischen Sprache, Geschichte und den Alterthümern waren, und so viel Ungereimtheiten und Fehler sich eben deswegen in der Glosse finden; so haben sie doch durch Hülfe ihres Genies und ihren eisernen Fleiß in der Erklärung der Gesetze viel geleistet, und wer das corpus iuris verstehen lernen will, kann die Glosse nicht entbehren. S. *Wieling* orat. pro glossatoribus, bey seinen lect. iuris civ. *Id.* iurispr. restit. P. 2. p. 60. *Trotz* in praefat. ad *Marani* Opp. *Bynkershoek* praef. ad libr. 4. prior obs. Cujaz sagt (Obs. lib. 1. cap. 11.): er ziehe den Accursius allen lateinischen und griechischen Auslegern vor. Eins der lächerlichsten Beyspiele von der Unkunde der Glossatoren im Griechischen findet sich in der Anmerkung zu der constit. omnem, wo Justinian §. 4 sagt, die Studierenden sollten im vierten Jahre ihres juristischen Studiums *Lytae* heißen, vielleicht weil sie jetzt schon schwere Fragen sollten auflösen können; vielleicht aus einer andern Ursache (Hugo civilist. Magazin 2. Band, 271. S.), aber nur Accursius: lytas, graeco vocabulo *hircos*, quod idem est, quod subtiliter videns.

(6) Mehr Fehler dieser Ausgabe bemerkt Rücker, in Siebenkees neuem juristischen Magazin, Seite 194. u. f. und ich habe noch außer diesen verschiedene bemerkt, z. B. Lib. I. de nund. steht metuit für meruit.

(7 a) *Rücker* in praefat. opusculor. pag. 3.

(7 b) *Io. Christoph. Koch* diss. de ordine legum in pand. (Giss. 1784.) p. 5. seqq. womit zu vergleichen ist *Renat. Car. de Senkenberg* meditat. iurid. p. 176. sqq.

(8) Rücker a. a. O. S. 197.

(9) Von den Fehlern der Gothofredischen Noten siehe *Gebauer* narratio de *Henr. Brencmanno* pag. 132, sq. pag. 154. seq. Für ein vorzügliches Verdienst dieser Noten hält man es, daß darin die sogenannten leges obstantes fleißig angeführt sind. Da sie aber blos angeführt und nicht erklärt sind, so muß man Georg Adam Struvs *Gothofredi* immo Frf. 1695. 4. dabey haben, wo Struv viele von Gothofred angeführte widersprechende Gesetze zu vereinigen gesucht hat. Der seltsame Titel *Gothofredi* immo kommt daher, weil Gothofred die entgegen stehenden Gesetze meistens mit dem Wort immo allegirt. Z. E. in der L. 2. de LL. heißt es: quae sponte vel involuntarie delinquuntur. Gothofred merkt dabey an: imo involuntaria non puniuntur, arg. L. 16. §. 8. de publican.

(10) *Wieling* iurisprud. restit. tom. 2. pag. 210.

(11) Der Anmerkungen sind nicht viele. Sie enthalten theils Varianten, theils kurze Erklärungen, theils Anführungen von Gesetzstellen, desgleichen von neueren juristischen Schriften, wo man eine Erklärung findet. Druck und Papier sind sehr schön. Russard hat viele Stellen in seiner Ausgabe in folgendes Zeichen || || eingeschlossen, und sich in der Vorrede, undeutlich genug, über dieses Zeichen erklärt. Die wahre Bedeutung zeigt Hr. Prof. Weis in seinem Programm über die in dem Text der Pandecten vorkommenden Zeichen, Marb.

1793. 4. Russard will damit andeuten, daß die eingeschlossenen Worte nicht in allen Manuscripten stehen.

(12) Sie ist mit der Richtigkeit und typographischen Schönheit gedruckt, welche, nach den besten Handschriften, und besonders in den Pandecten nach dem Florentinischen Text, der Plantinischen Officin eigen ist. In den Pandecten ist die Taurellische Ausgabe auf das genaueste abgedruckt. Alle Anmerkungen, welche in der Contischen und Russardischen stehen, sind auch hier, einige litterarische ausgenommen, eingeschaltet, und Charondas hat seine eigne beygefügt. Der Besitzer dieser Ausgabe kann also jene füglich entbehren. Oculos et animum abunde satiat haec editio (schreibt *Beyer* notit. auct. iurid. spec. I. pag. 50), nullibi vero nauseam movet, nec quaequam alia ipsi, mea quidem sententia comparanda videtur. *Sim. van Leeuwen* de orig. iur. pag. 741. nennt sie omnium nitidissimam. Je länger ich diese trefliche Ausgabe brauche, desto höher schätze ich sie.

(13) Mit Recht verdient diese besorgte Ausgabe das Lob eines für die juristische Litteratur wichtigen, und für deutschen Fleiß ehrenvollen Werks, wenn sie gleich noch Manches zu wünschen übrig läßt. Zwey überaus lehrreiche Recensionen derselben in der ältern allgemeinen Deutschen Bibliothek, Anhang zum 25sten bis 36sten Bande pag. 278. etc. und der neuern 50sten Bande pag 64. etc. welche letztere jedoch den Vorzügen mehr Gerechtigkeit wiederfahren läßt, sind besonders zur Nachlese zu empfehlen. Die Anmerkungen, welche gröstentheils Berichtigung der Lesearten und deren Abweichungen betreffen, machen, zumal dem practischen Juristen, den Besitz der Gothofredischen Ausgabe doch nicht ganz entbehrlich. W.

LIB. I. TIT. I.

DE IUSTITIA ET IURE.

§. 18. Bedeutung des Worts ius.

Das Wort ius hat in der Römischen Sprache, so wie das deutsche Wort Recht vielerley Bedeutungen. Es bedeutet 1) zuweilen die Gerichtsstätte, wo der Prätor Recht sprach. Diese Bedeutung hat es in der bekannten Redensart: ambula mecum in ius, folge mir vor das Tribunal des Prätors. 2) Bezeichnet es die Rechtsgelehrsamkeit. So sagt man, z. E. er studirt ius, ein studiosus iuris. 3) Versteht man darunter ein moralisches Vermögen, eine Befugniß. Z. E. man sagt, Jemand habe das Recht zu jagen, das heißt, das moralische Vermögen, die Befugniß dazu. 4) Bedeutet das Wort ius ein Gesetz. So sagt z. E. Ulpian (*): senatus ius facere potest, er kann ein Gesetz geben. Endlich heißt auch 5) ius so viel, als ein Inbegriff mehrerer Gesetze von einerley Art. Z. E. die Römischen Gesetze zusammen machen das ius romanum, die natürlichen Gesetze das ius naturae, die canonischen das ius canonicum aus, u. s. w. In dieser letzten Bedeutung wird das Wort im folgenden Titel genommen werden.

(1) L 9. D. de leg. — — Eigentlich giebt es nur zwey Hauptbedeutungen des Worts ius, nämlich 1) das Recht objectiv für Gesetz überhaupt — ius pro lege sumtum — und 2) subjectiv für Befugniß — ius pro facultate — genommen. Es gehört unstreitig zu der ersten Bedeutung, wenn dadurch bald ein einzelnes Gesetz, bald ein Inbegriff von Gesetzen, bald was den Gesetzen gemäß ist, bald ein System der gesetzlichen Wahrheiten oder die Rechtswissenschaft, bezeichnet wird. Thibaut Versuche über die Theorie des Rechts I. 5. Und figürlich bedeutet es in der Formel: ambula mecum in ius, gleichsam den Ort, wo Recht und Gesetze gehandhabt werden, appellatione, sagt Ulpian, collata ab eo, *quod* fit, in eo *ubi* fit. L. 11. D. h. t. W.

§. 19. Was ist Verbindlichkeit und Gesetz?

Einer der ersten und vorzüglichsten Begriffe, welche ein angehender Jurist fassen muß, ist der Begriff des Gesetzes. Was ist also ein Gesetz?

Wenn mit einer freyen Handlung gute oder böse Folgen verbunden sind, so daß man die Handlung thun muß, um ihre guten Folgen zu erhalten, oder unterlassen muß, um ihren bösen Folgen zu entgehen; so sagt man, es ist eine moralische Nothwendigkeit vorhanden, die Handlung zu thun, oder zu unterlassen. Diese moralische Nothwendigkeit heißt mit Einem Wort: Verbindlichkeit.

2) Enunciirt man die Verbindlichkeit, das ist, man sagt, der Mensch ist zu dieser Handlung verbunden, so heißt dieser Satz ein Gesetz in allgemeiner Bedeutung. (*1)

3) Wenn Jemand mir vorgesetzt ist, das Recht hat, meine Handlungen zu dirigiren, mir vorzuschreiben, was ich thun und lassen soll; so heißt er mein Oberherr, *superior*, ich sein Untergebener, *subditus*.

4) Schreibt ein solcher Oberherr seinen Untergebenen etwas vor, welches sie thun oder lassen sollen, so ist ein Gesetz in eigentlicher, engerer oder juristischer Bedeutung vorhanden. Verspreche ich hingegen einem etwas, und bin, vermöge dieses Versprechens, zu einer Handlung verbunden; so heißt der Satz, welcher diese Verbindlichkeit ausdrückt, *lex pactitia*.

(1) Gesetz im allgemeinsten Verstande ist jede Regel einer Handlung. So redet der Arzt von Gesetzen der Diät, der Mechaniker von legibus motus. In rechtlicher Bedeutung aber bezeichnet der Ausdruck Gesetz überhaupt Regeln, welche unsern Handlungen, insofern wir uns mit Freyheit dazu bestimmen, zur Richtschnur dienen — norma actionum moralium — und im strengern juristischen Sinne, wenn diese Regeln von der höchsten Oberherrschaft im Staate im Allgemeinen angeordnet sind. Gesetze im rechtlichen Verstande deuten einmal an, was wir thun oder unterlassen können, mit dem Unsrigen vornehmen, von Andern fordern dürfen rc. — daher Rechte, Iura, Befugnisse (§. 21.) Zweytens was wir thun oder unterlassen sollen, Andern zu leisten haben rc. — daher Verbindlichkeiten, obligationes. Von dem eigentlichen Begriffe, den die Römischen Juristen mit dem Ausdrucke obligatio verbanden, wird in der Folge §. 725. geredet. W.

§. 20. Die Verbindlichkeit ist entweder vollkommen oder unvollkommen.

Die Verbindlichkeiten sind von sehr verschiedener Natur. Ein Mensch hat Verbindlichkeiten, die sich unmittelbar auf das höchste **Wesen**, andere, die sich auf ihn selbst, noch andere, die sich auf seinen **Nebenmenschen** beziehen. Die letzten sind von zweyerley Art: wenn ich meinem Mitmenschen zu etwas verbunden bin, so hat er entweder das Recht, mich mit Gewalt zur Erfüllung meiner Schuldigkeit zu zwingen, oder nicht. In jenem Falle ist eine **vollkommene Verbindlichkeit, Zwangspflicht**, *obligatio perfecta*, im letzten eine **unvollkommene**, eine **Liebespflicht**, *obligatio imperfecta* vorhanden. Z. E. die Verbindlichkeiten, Andere nicht zu bestehlen, nicht zu verwunden, nicht zu tödten, seine Verträge zu halten, sind vollkommene; hingegen die Verbindlichkeit, einem Armen Almosen zu geben, einem Verirrten den Weg zu zeigen, ist unvollkommen. Ein Gesetz, welches eine vollkommene Verbindlichkeit ausdrückt, heißt daher auch *lex perfecta*, das, welches nur eine unvollkommene aussagt, *imperfecta*.

§. 21. Was ist eine Befugniß, und wie vielerley?

Eine zweyte Idee, mit welcher der juristische Lehrling sich bekannt zu machen hat, ist die Idee der **Befugniß**, des moralischen **Vermögens**. **Vermögen** (*facultas*) ist die Möglichkeit, etwas zu thun. Diese Möglichkeit bezieht sich entweder auf meine **Leibes-** und **Seelenkräfte**, oder auf die moralischen **Gesetze**. Wenn mir meine Kräfte erlauben, etwas zu thun, so habe ich **physisches Vermögen** (facultatem physicam); verstatten es hingegen die moralischen Gesetze, das ist die Gesetze, welche den freyen Handlungen vorgeschrieben sind, so habe ich ein sittliches oder moralisches **Vermögen** (facultatem moralem). Z. E. zum Diebstahl, Raub, Todtschlag kann ich physisches Vermögen haben, aber kein moralisches. Hingegen zur Ausübung der hohen Jagd kann ich moralisches Vermögen, Befugniß haben, das physische Vermögen aber ist nicht da, weil es an großem Wilde mangelt. Das moralische Vermögen heißt mit einem Worte *ius*, ein Recht.

So wie die Verbindlichkeit und das Gesetz in vollkommene und unvollkommene eingetheilt werden, so ist auch das ius entweder *perfectum* oder *imperfectum*. Perfectum heißt das, welches mit der Befugniß den Andern zu zwingen verbunden ist, imperfectum, bey welchem diese Befugniß fehlt. So hat jeder Mensch ein ius perfectum gegen Andere, daß sie ihn nicht bestehlen, verwunden, tödten, denn er darf sie mit Gewalt davon abhalten. Ein jeder hat ein ius perfectum auf das, was ihm ein Anderer durch Verträge versprochen hat, denn er darf ihn dazu zwingen. Hingegen der Arme hat nur ein unvollkommenes Recht, von mir Almosen, der Verirrte nur ein

unvollkommenes Recht, von mir die Anzeige des Weges zu fordern, weil keiner von beyden mich dazu zwingen kann (*[1]).

(1) Vergl. bey diesem und dem vorigen §. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtl. Wirk. §. 39. 40. 98.

§. 22. Was die Rechtsgelehrsamkeit ist?

Der dritte Grundbegriff, den wir hier zu erlernen haben, ist der von der Jurisprudenz oder Rechtswissenschaft, Rechtsgelehrsamkeit. Zwey Erklärungen davon sind in diesem Abschnitt gegeben: a) die gesetzliche, und b) eine neue bessere. Die gesetzliche Definition (*[1]) heißt iurisprudentia est rerum divinarum et humanarum notitia, iusti iniustique scientia. Man legt diese Definition auf gar verschiedene Art aus; der wahre Sinn davon ist, meines Erachtens, folgender: Ein Römischer Jurist mußte das *ius feciale*, *pontificium* und *augurale* verstehen, diese sind *iura divina*, *sacra*. Er mußte auch das *ius civile* (*[2]) wissen, welches ein *ius humanum* ist. Dieses also ist die Kenntniß göttlicher und menschlicher Dinge, die ein Jurist haben sollte (*[3]). Ich sage, ein Römischer Jurist mußte das ius feciale, pontificium und augurale verstehen. Die Fecialen waren zwanzig Priester, bestellt, fremden Nationen den Krieg anzukündigen, Friedensschlüsse und Bündnisse feyerlich zu bestätigen, die Gerechtigkeit eines anzufangenden Kriegs, wenigstens zum Schein, zu untersuchen, und dgl. Die Pontifices aber waren Aufseher über den Gottesdienst; Superintendenten und Consistorialräthe nach unsrer Art zu reden. Sie machten Verordnungen über Gegenstände, Sachen und Personen, die sich auf den Gottesdienst bezogen, veranstalteten Feyertage, besorgten das Calenderwesen u. s. w. *Augures* endlich waren Personen, welche aus dem Flug der Vögel und den Lufterscheinungen zukünftige Dinge weissagen sollten.

Deutlicher und richtiger definirt man die Jurisprudenz, wenn man sagt: sie sey eine Wissenschaft der Gesetze und ihrer Anwendung auf vorkommende Fälle. Zwey Stücke gehören also zu einem vollkommenen Juristen: 1) Wissenschaft der Gesetze, 2) Fertigkeit sie anzuwenden. Jenes heißt die Theorie, oder der theoretische Theil der Jurisprudenz. In der wirklichen Anwendung der Gesetze aber besteht die Praxis, und in den Regeln und Grundsätzen, welche zunächst die Art und Weise dieser Anwendung bestimmen, der practische Theil der Rechtswissenschaft.

(1) §. 1. I. L. 10. §. 2. D. h. t. Gesetzliche Definitionen (definitiones legales) heißen die, welche in unserm Römischen Gesetzbuche, nemlich im Text der Institutionen oder Pandecten enthalten sind. Die wenigsten sind den Regeln einer guten Definition gemäß. *Mascov.* opusc. p. 494. sq. Indessen hängen manche Juristen mit einer recht abergläubigen Verehrung an ihnen. Einer ihrer Vertheidiger ist *Gebauer* diss. de instit. et iure §. 2. Auch kann ich nicht,

wie Segär diss. de consilio veterum ICtorum in coniungendis nominis ac rei definitionibus, die große Feinheit bewundern, mit der die Classiker in ihren Definitionen die Sache selbst und zugleich den Ursprung des Namens der Sache gezeigt haben sollen.

(2) Oder wie es *Cic.* pro domo cap. 14. nennt, *legitimum.*

(3) *Ulr. Huber* Eunom. Lib. 1. pag. 19 *Ev. Otto* ad §. 1. I. h. t. *Aug. Friedr. Schott* diss. ad tit. Pand. de iustit. et iure. § 2.

§. 23. Unterschied des Rechtsgelehrten vom Leguleius, Rabulisten und Empiriker.

Ein Jurist soll die Gesetze wissen; er soll sie also nicht blos auswendig hersagen können, sondern mit ihrem Geist, ihrem Sinne, ihren Ursachen bekannt seyn. Wer blos die Worte weiß, heißt *leguleius.* (* 1). Wer die Gesetze aus Bosheit oder aus Unwissenheit unrichtig anwendet, heißt ein Rabulist, und wer sich durch practische Uebungen, als Advocat, Beamter u. s. w. nach und nach einige Kenntniß von den Gesetzen erworben hat, ohne gründliche und vollständige Wissenschaft, wird ein Empiriker genannt.

(1) *Cicero* de oratore I. 55.

§. 24. Von der Erklärung der Gesetze.

Wer eine Wissenschaft der Gesetze haben will, muß auch die dunkeln Gesetze zu erklären, d. i. den Sinn derselben, oder was die Worte andeuten sollen, anzugeben, im Stande seyn. Denn so lange mir ein Gesetz dunkel ist, habe ich keine Wissenschaft, keine gründliche Kenntniß desselben. Dieses giebt Gelegenheit, hier die Lehre von der Interpretation der Gesetze abzuhandeln. Sie ist von mancherley Art (* 1). 1) Wird sie in die theoretische und practische eingetheilt. Jene geschieht blos zu dem Ende, um allgemeine Wahrheiten herauszubringen, von einem Rechtsgelehrten, welcher die Jurisprudenz mündlich oder schriftlich vorträgt. Diese aber geschieht in Streitfällen, um zu bestimmen, wer von den streitenden Theilen Recht oder Unrecht habe, von Advocaten oder Richtern, oder auch von Juristen, welche ein rechtliches Gutachten ertheilen (* 2).

Sie ist 2) entweder eine authentische oder doctrinale. Wenn der Landesherr, welcher befugt ist, neue Gesetze zu machen, ein von ihm oder seinen Vorfahren gegebenes Gesetz erklärt, so heißt seine Erklärung eine authentische; jede Interpretation hingegen, welche ein Anderer macht, heißt eine doctrinale. Zuweilen wird eine solche doctrinale (von Richtern, Partheyen, Anwälten, Rechtslehrern gemachte) Erklärung im ganzen Staate oder einzelnen Districten angenommen, so daß man sich darnach richtet, und nicht mehr davon abgehet. In diesem Falle heißt sie eine Usual-Erklärung, *interpretatio usualis.* Wenn z. E. die peinliche Gerichtsordnung Carls V. art. 100. sagt: So aber der Diebstahl groß, und fünf Gülden oder drüber werth wäre rc. so er

klärt der Gerichtsbrauch das Wort Gülden durch Ducaten. Diese Erklärung ist also eine usualis interpretatio.

Endlich theilt man 3) die Erklärung in die grammatische und logische ein. Die grammatische beschäftigt sich blos mit dem Wortverstande des Gesetzes. Wenn in dem Gesetz unverständliche Worte vorkommen, so giebt sie deren Bedeutung an; wenn die Worte durch die Abschreiber verdorben worden sind, so verbessert sie solche, setzt das Ausgelassene zu, streicht unächte Zusätze weg, ändert das Unrichtige ꝛc. Man nennt die Wissenschaft, die sich mit der grammatischen Auslegung der Gesetze beschäftigt, die juristische Critik; und den Theil der Jurisprudenz, der sich mit der Erklärung der Römischen Gesetze abgiebt, Römische Geschichte und Alterthümer, lateinische und griechische Sprache zu diesem Endzweck zu Hülfe nimmt, die elegante Römische Jurisprudenz.

(1) Vergl. *Waldeck* Inst. iur. civ. §. 20. 21. W.

(2) Diese Eintheilung ist aber in der Sache selbst von gar keinem Nutzen, da der Practiker bey der Erklärung der Gesetze eben die Grundsätze und Regeln zu befolgen hat, als der Theoretiker. W.

§. 25. Die logische Erklärung ist dreyerley.

Die logische Erklärung bestimmt den Sinn des Gesetzes aus seinem Beweggrunde. Man untersucht den Beweggrund des Gesetzes, und daraus bestimmt man dessen Ausdehnung, ob es auf einen gewissen Fall passe oder nicht passe. Wenn man nemlich den Grund des Gesetzes erforscht hat, so findet man zuweilen, 1) daß dieser sich weiter erstreckt als die Worte, daß der Gesetzgeber allgemeiner hätte reden sollen, als er gethan hat. Man dehnt daher das Gesetz aus, behauptet, daß es auf den vorliegenden Fall passe, weil seine Raison darauf paßt, obgleich der Fall in den Worten nicht begriffen ist, und dieses ist die ausdehnende Erklärung, *interpretatio extensiva*. Z. E. Justinian erlaubt in der 115. Novelle einem Vater, seine Kinder zu enterben, wenn sie ihn geschlagen haben. Der Grund ist die grobe Pflichtvergessenheit der Kinder, welche Strafe verdient. Dieser Grund paßt auch auf den Fall, wenn ein Kind seinen Vater vorsetzlich verwundet. Hier ist eine noch größere Pflichtvergessenheit. Man wendet daher das Gesetz auch auf diesen Fall an, man dehnt es auf diesen Fall aus, obgleich die Worte nicht darauf passen, man erklärt es extensive. Der Grund der ausdehnenden Interpretation ist die Regel: wo die Raison des Gesetzes statt findet, da hat auch dessen Verordnung statt (ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio legis).

Hingegen findet sich auch 2) oft, daß die Worte des Gesetzes sich weiter erstrecken als dessen Raison; daß sich der Gesetzgeber zu allgemein ausgedrückt hat, daß also das Gesetz billig eingeschränkt werden muß. Schränkt man es in

diesem Falle ein, so sagt man, es sey restrictive erklärt. Z. E. der 125. Art. der peinlichen Gerichtsordnung sagt: die boshaftigen Brenner sollen mit dem Feuer vom Leben zum Tode gerichtet werden. Der Grund dieser harten Strafe ist, weil ein solcher Brenner ein ganzes Dorf, eine ganze Stadt in die Gefahr abzubrennen, und so viele Menschen in den Fall setzt, Leben und Vermögen zu verlieren. Dieser Grund fällt weg, wenn jemand ein einsam auf dem Felde stehendes unbewohntes Haus anzündet. Man wendet daher das Gesetz auf diesen nicht an; schränkt es so weit ein, als dessen Raison es erfordert, erklärt es restrictive. Dieß gründet sich auf die Regel: wo die Raison des Gesetzes wegfällt, da fällt auch das Gesetz weg (cessante ratione legis, cessat lex ipsa).

Endlich findet man zuweilen 3) im Grunde des Gesetzes weder Ursache es einzuschränken, noch es auszudehnen. Man bleibt also gerade bey den Worten stehen. Viele z. E. wollen die Ehegesetze 3. Buch Mos. 18. nach der Gleichheit der Verwandtschaftsgrade auf mehr Personen ausdehnen, als dort ausdrücklich genannt sind, jedoch ohne Grund. Man sage also: diese Gesetze gehen nur auf die ausdrücklich benannten Personen; d. i. man erkläre diese Gesetze declarative oder stricte (¹).

(1) Ueber die juristische Auslegungskunst sind vorzüglich zu bemerken: *C. H. Eckhard* hermeneutica iur. cum not. *Car. Frid. Walchii* edit. nov. cur. *Car. Guil. Walchii.* Lips. 1802. A. F. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts. Altona 1799. Man bemerke noch folgendes: die logische Erklärung bestimmt den Sinn des Gesetzes nicht bloß nach dem Wortverstande an sich, sondern nach der wirklichen Absicht des Gesetzgebers, wie sie theils aus Vergleichung mit andern Vorschriften, theils aber und vorzüglich aus dem Grunde des Gesetzes erhelle. Die beyden Regeln: ubi eadem ratio etc. und cessante legis ratione etc. sind aber, wie sie da stehen, nicht allgemein wahr, da nicht immer folgt, daß der Gesetzgeber in andern nicht genannten Fällen eben das gewollt habe, was der Grund einer gewissen Vorschrift mit sich bringt. Nur in so fern kann von der ersten Regel die Rede seyn, als deutlich erhellet, daß, was die Worte nicht ausdrücken, doch nach der Absicht des Gesetzgebers nothwendig darunter begriffen seyn müsse, und von der zweyten Regel, daß der wörtliche Ausdruck auf Dinge führen würde, die der Gesetzgeber rechtlich nicht gewollt haben könne. Sonst muß man billig bey dem Wortverstande des Gesetzes stehen bleiben. Mit dem Grunde, oder dem eigentlichen bestimmenden Princip des Gesetzes - ratio legis - ist übrigens nicht zu verwechseln: die gelegentliche Veranlassung desselben - occasio legis - L. I. § 5. D. de postulando vergl. Weber Versuche über das Civilrecht 1.53. und von der natürlichen Verbindl. §. 63. 64. W.

§. 26. Von der Anwendung des Gesetzes.

Gesetze werden auf vorkommende Fälle angewandt, wenn man diese unter das Gesetz subsumirt. Factum ist jede concrete Handlung oder Unter-

lassung, mit den dabey vorkommenden Umständen. Man versteht natürlich hier nur die erheblichen, zur vollständigen Kenntniß der Handlung, in so fern sie rechtlich beurtheilt werden soll, gehörenden Umstände, d. i. was man merita causae zu nennen pflegt. Factisch sind auch alle Eigenschaften der Personen und Sachen, von denen die Anwendung der Gesetze abhängt — id quod facti est — Der Jurist hat es also theils mit dem, was iuris ist, mit den Vorschriften der Gesetze und den Grundsätzen des Rechts, also mit Rechtsfragen — quaestio iuris — theils mit Untersuchung und Prüfung der Thatsachen — daher quaestio facti — zu thun. Eine Rechtsfrage ist es, ob Personen, die noch nicht 25 Jahre alt sind, Verträge schließen können? Factisch ist die Frage, wie alt jemand war, als er einen gewissen Handel schloß, ingleichen in welcher Absicht dieser eingegangen ward. Die Römischen Gesetze haben für das Letztere noch den besondern Ausdruck: id quod actum est, und weisen den Richter an, bey zweifelhaften Verträgen oder andern Verfügungen vorzüglich darauf Rücksicht zu nehmen (*1). W.

Die Anwendung des Gesetzes geschieht auf mancherley Art. Man wendet entweder ein Gesetz auf vergangene, oder auf künftige Geschäfte an. Auf künftige geschieht es *cavendo*, wenn man einen, welcher ein rechtliches Geschäft vornehmen, einen Contract, ein Testament ꝛc. errichten will, unterrichtet, wie er es einzurichten habe, daß es gültig und ihm vortheilhaft sey. Man nennt die Regeln, die bey vorzunehmenden rechtlichen Handlungen zu beobachten sind, juristische Cautelen, und den Theil der Rechtswissenschaft, der sich damit abgiebt, die Cautelar-Jurisprudenz, *iurisprudentiam lievromaticam* (*2). Wenn z. E. die Zeugen zu einem Kranken gerufen werden, der ein Testament errichten will, so ist es eine Cautel, daß sie vor dem Testamentsactus sich mit ihm in ein Gespräch einlassen, um zu hören, ob er noch bey Verstand sey. Wer einen Pachtcontract schließt, thut wohl, wenn er über den Nachlaß des Pachtgeldes wegen Mißwachs und anderer Unglücksfälle ausdrückliche Verabredungen nimmt. Wer eine Sache verkauft, und wegen des Kaufgeldes keine Sicherheit hat, handelt klug, wenn er sich das Eigenthum der Sache bis zu erhaltenem Kaufgelde vorbehält.

Wer hingegen die Gesetze auf eine vergangene Handlung anwendet, der ist entweder 1) ein Richter, welcher einen Streitfall entscheiden soll; oder 2) ein streitender Theil, der sein eigenes oder eines andern Recht im Gericht vertheidigt; oder 3) er ist ein Rechtsgelehrter, den man in zweifelhaften Fällen um Rath fragt. Der erste wendet die Gesetze *iudicando*, der andere *agendo*, der dritte *respondendo* an.

(1) L. ult. D. *de hered. vel act. vendita*. L. 7. §. 2. D. *de iure dot*. L. 6. §. 1. D. *de contrah. emt. et vend*. W.

(2) Im eigentlichen Sinne versteht man unter Cautelen nicht sowol das, was

die Gültigkeit eines Geschäfts nothwendig erfordert, als vielmehr Regeln, der Klugheit und Vorsicht, um seinen Zweck desto besser und sicherer zu erreichen. W.

§. 27. Was ist die Gerechtigkeit?

Die Gerechtigkeit ist die Uebereinstimmung der Handlungen mit den Zwangsgesetzen. Gerecht heist also der, dessen Handlungen den Zwangsgesetzen gemäß sind; ungerecht, dessen Handlungen diesen Zwangsgesetzen widersprechen. Ich sage mit den Zwangsgesetzen; wer diesen gemäß handelt, ist nach dem gemeinen Redebrauch nicht ungerecht, ob er gleich die Pflichten gegen Gott, sich selbst und die Liebespflichten gegen seinen Mitmenschen nicht erfüllt. Alle diese Pflichten liegen ganz ausser dem Gebiete der eigentlichen Gerechtigkeit, der *iustitiae forensis*, wie sie Einige nennen. Wenn ich sie nicht beobachte, so kann ich in den Gerichten nicht belangt werden, weder darauf, daß ich sie erfüllen, noch daß ich den Schaden ersetzen soll, den ein Anderer durch die Nichtbeobachtung gelitten hat. (*1) §. 754.

Die Justiz wird der Zweck des Rechts genannt, das heist, der Zweck der Rechtsgelehrsamkeit ist die Handhabung der Gerechtigkeit; die Bestimmung des Rechtsgelehrten ist zu wissen, was Recht und Unrecht ist, und seinen Mitbürgern zu ihrem Recht zu verhelfen. Daher nennen sich die Rechtsgelehrten **Priester der Gerechtigkeit** L. 1. §. 1. D.h. t, **Priester der Themis**, als der Gerechtigkeit Schutzgöttin; daher kommt es auch ohne Zweifel, daß der erste Titel sowohl in den Institutionen, als den Pandecten de iustitia et iure handelt. Denn man hielt es für nöthig, den Schüler der Rechtsgelehrsamkeit vor allen Dingen von dem allgemeinen Zweck seiner Wissenschaft zu unterrichten.

Die alten Juristen nannten sich übrigens, wie **Heineccius** glaubt, auch aus dem Grunde Priester der Gerechtigkeit, weil sich die Stoischen Philosophen **Priester der Tugend** nannten, und die Rechtsgelehrten sich größtentheils zur Stoischen Secte bekannten. Ich setze als bekannt voraus, daß die Stoiker eine Secte der alten Philosophen waren, deren Stifter **Zeno** hieß. Nun war es von **Cujacius** Zeiten an die herrschende Meynung, die alten Römischen Rechtsgelehrten wären Stoiker gewesen; in unserm Römischen Gesetzbuche kämen daher viele Spuren von Stoischen Grundsätzen vor. **Gravina** (*2) und **Eckhard** (*3) haben dieser angeblichen Stoicismen eine große Menge gesammlet. Andere aber (*4) haben diese Meynung mit Recht bestritten. Ein und der andere Satz der Römischen Rechtsgelehrten hat wohl seinen Grund in der Stoischen Philosophie. Allein der Stoicismen sind bey weitem so viele nicht, als man sich vormals eingebildet hat; manche der angeblichen Stoischen Sätze waren nicht ausschließlich Lehrsätze dieser Schule,

sondern von allen Secten angenommen, und von vielen alten Juristen behauptet man es zwar, aber von wenigen ist es zu erweisen, daß sie Stoiker gewesen sind.

(1) Einen merkwürdigen Fall hat *Püttmann* miscellaneor. cap. 8.

(2) *Gravina* de ortu et progressu iuris civil. lib. 1. cap. 44.

(3) *Eckhard* hermenevt. iuris, lib. 1. cap. 44.

(4) *Gaudentius* de philosophia apud Romanos. c. 43. *Gravina* l. c. ex edit. *Mascov.* p. 45. seqq. *Io. Guil. Hoffmann* meletem. ad pand. praefat. Bach in der unpartheyischen Critik über juristische Schriften. 2. Th. 15. u. f. f. Seite. *Püttmann* interpret. et observ. cap. 2. *Idem* probabil. lib. 1. cap. 21. pag. 147. Ganz neuerlich hat auch *Philippus Caulinus* in progymnasm. de veterum Ictorum philosophia ad l. 10. §. 2. de iust. et iur. cap. 3. (Neapol. 1779.) weitläuftig dagegen geschrieben.

§. 28. Fortsetzung.

Weil die Handlungen des Menschen von gedoppelter Art sind, äussere und innere, so giebt es eine zweyfache Gerechtigkeit, die äusserliche und innerliche. Aeusserliche Handlungen nemlich heißen, welche in die Sinne fallen, gesehen, gehört u. s. w. werden; innerliche, die blos in unsrer Seele vorgehen, Gedanken, Empfindungen, Wünsche, Begierden, Vorsätze rc. Wenn meine äusserlichen Handlungen den Gesetzen gemäß sind, so bin ich äusserlich gerecht; wenn meine inneren Handlungen, die Gedanken und Neigungen meiner Seele, mit den Gesetzen übereinstimmen, so habe ich die innerliche Gerechtigkeit. Man sieht leicht, daß jemand äusserlich gerecht seyn kann, aus Furcht vor der Strafe, dessen innere Gesinnungen nichts weniger als den Gesetzen gemäs sind.

Die Römischen Juristen erklärten die Gerechtigkeit, daß sie eine constans ac perpetua voluntas sey, ius suum cuique tribuendi (*1). Man hat gegen diese Legaldefinition mit Grund eingewendet, daß sie unrichtig, und den Juristen unbrauchbar sey (*2). Sie ist keine Definition der Justiz überhaupt, sondern nur einer Gattung derselben, und zwar gerade derjenigen Gattung, die der Zweck des Juristen nicht ist. Wer nemlich den festen und beständigen Willen hat, jedem das Seinige zu leisten, der übt nicht blos die äussere, sondern auch die innere Gerechtigkeit aus. Der Zweck des Juristen aber ist allein die Handhabung der äusserlichen Justiz; um die Gesinnungen und Neigungen des Herzens bekümmert er sich nicht; diese überläßt er dem Moralisten und Theologen. Niemand wird wegen eines bloßen ungerechten Gedankens, wegen einer unerlaubten Neigung in menschlichen Gerichten bestraft, wenn dieser Gedanke, diese Neigung gar nicht in äusserliche Handlungen ausgebrochen ist (*3).

(1) pr. I. h. t. L. 10. pr. D. h. t. Vormals ist darüber gestritten worden, ob man die Justiz definiren soll durch constans et perpetua voluntas, ius suum cuique

cuique *tribuendi* oder *tribuens*, s. *Marckard* probabil. recept. lect. Part. 1. p. 25. seqq. *Schroeder* obs. iur. civ. pag. 5. sq.

(2) Man sehe *Gebauer* diss. de iustitia et iure §. 4. *Hartleben* medit. ad Pand. Sp. 1. med. 1.

(3) L. 18. D. *de poenis*. *Sam. Stryck* de iure cogitationum, in s. Tractat de iure sens. cap. 10.

§. 29. Von den drey praeceptis iuris.

Alle Gesetze lassen sich nach der Meynung der Römischen Juristen auf drey allgemeine Regeln reduciren, die man die drey *praecepta iuris* nennt. Sie sind 1) *honeste vive*, beobachte die Pflichten gegen Gott, gegen dich, und die Liebespflichten gegen Andre; 2) *neminem laede*, entziehe Andern nichts von dem, was sie besitzen; 3) *suum cuique tribue*, gieb und thue auch jedem das, was du ihm zu geben oder zu thun vollkommen verbunden bist. (*1)

(1) Vergl. Weber von der natürl. Verbindl. §. 98.

LIB. I. TIT. II.

DE IURE NATURALI, GENTIUM ET CIVILI.

§. 30. Eintheilung des Rechts nach Römischen Begriffen.

Die Römischen Juristen theilen das Recht auf folgende Weise ein: ius vel *publicum* est vel *privatum*; privatum aut *naturale*, aut *gentium*, aut *civile*; civile vel *scriptum* est; vel *non scriptum*. Ius publicum definiren sie, quod ad statum publicum spectat, welches die Staatsverfassung betrift (*1); *privatum*, quod ad singulorum utilitatem, das nur auf den Vortheil der einzelnen Bürger abzweckt. *Ius naturae* ist ihnen ein ius, quod natura omnia animalia docuit; sie verstehen darunter die natürlichen Triebe, welche der Mensch mit den Thieren gemein hat. Daher sagen sie, die Ehe und Erziehung der Kinder sey im Naturrecht gegründet, weil auch die vernunftlosen Thiere ihr Geschlecht fortpflanzen, und ihre Jungen erziehen (*2). Ius gentium nennen sie die Gesetze, die nicht etwa bey einer Nation allein, sondern bey allen gesitteten Völkern gelten. Sie rechnen dahin die Sätze: ehre die Götter; liebe die Eltern; gegen einen ungerechten Angriff ist Vertheidigung erlaubt. Im Völkerrecht, sagen sie ferner, gründen sich die Sklaverey, die Manumissionen, das Eigenthum, die Verträge, die Staaten (*3). Endlich ius *civile* oder wie es Cajus nennt (*4), *proprium*, heist das Recht, welches in einem einzelnen Staate gilt, was wir positives, willkührliches Recht nennen (*5). Dieses, sagen sie, ist entweder *scriptum* oder *non scriptum*. Was diese Eintheilung heiße, soll §. 34. erklärt werden.

(1) L. 1. §. 2. D. *de iustit. et iure.* Von andern Bedeutungen des Worts ius publicum s. Glück's Pandecten 1. Band, §. 12. 13.

(2) L. 1. §. 3. D. ibid. Justinian sagt, pr. I. h. t. ius naturale sey omnium animalium proprium, quae in coelo (d. i. der Vögel), quae in terra, quae in mari nascuntur. Die Worte in coelo halten manche Ausleger für ungereimt; andere wollen sie damit vertheidigen, coelum heisse hier, so wie bey andern Schriftstellern, die Luft. Allein die Vögel werden doch nicht mehr und nicht weniger in der Luft gebeckt, als andere Thiere. S. *Schroeder* obs. iur. civ. pag. 7. seqq. *Arnzenii* miscellan. cap. 15. p. 166. *Püttmann* opusc. p. 238.

(3) L. 1. §. 4. D. eod. Viele theilen das ius gentium in *primarium* und *secundarium* ein. Diese Distinction aber, worüber viel geschrieben worden ist, kommt im Römischen Gesetzbuche nicht vor, und dienet zu nichts. S. *Io. Lud. Conradi* var. ex iur. civ. p. 35. und meine Anmerkungen zu *Heineccii* elem. iur. civ. (Giess. 1775.) p. 25. sq. Uebrigens legen die Römischen Juristen ihrem iuri gentium oft auch den Namen ius naturale bey. Man sehe z. E. §. 11. I. h. t.

(4) L. 9. D. eod.

(5) Indessen hat das Wort ius civile auch noch andere Bedeutungen. Es bezeichnet nemlich zuweilen auch das Römische Recht. Denn weil man dieses als das vorzüglichste Positivrecht ansah, so nannte man es schlechtweg das bürgerliche Recht, so wie man Rom, als die vornehmste Stadt, schlechtweg die Stadt nannte. §. 2. I. h. t. Sed ius quidem civile ex unaquaque civitate appellatur. Sed quoties non addimus nomen, cuius sit civitatis, nostrum ius significamus, sicuti cum poëtam dicimus, nec addimus nomen, subauditur apud Graecos egregius Homerus, apud nos Virgilius. Zuweilen aber bedeutet es insonderheit nur dasjenige Römische Recht, welches nicht aus den Edicten der Prätoren (§. 51.) entstanden ist. Die Römer distinguiren nemlich sehr oft zwischen ius civile und praetorium. So sagt Papinian (*L. 7. D. de iustit. et iur.*): ius autem *civile* est, quod ex Legibus, plebiscitis, Senatusconsultis, Decretis Principum, auctoritate Prudentium venit. Ius *Praetorium* est, quod Praetores introduxerunt. Endlich wird in der engsten Bedeutung nur das Recht, welches aus den Gutachten der Rechtsgelehrten entstanden war, bey den Römern ius civile genannt. (§. 36.) S. auch *Brisson* de verb. signif. voc. *civilis*.

§. 31. Richtigere Abtheilung.

So die Römischen Juristen. Dem Wesen der Sache gemäßer und vollständiger ist folgende Classification. Wenn man das Recht in seine Gattungen zerlegen will, so kann man (s. die 4. Tabelle) Rücksicht nehmen 1) auf den Grund und Ursprung des Rechts, 2) auf dessen Gegenstand, 3) auf die verschiedene Weise, wie der Gesetzgeber seinen Willen erklärt. Sieht man auf den Ursprung und Grund des Rechts, so ist es entweder Natur- oder Positivrecht. Naturrecht heißt das, welches aus der Natur der Dinge hergeleitet wird. Man formirt sich einen Begriff vom Menschen, von einem Vertrage, Eigenthum, Kriege, Staat, Volk rc. Aus diesem Begriffe schließt

man, was für Rechte und Verbindlichkeiten der Mensch habe, was bey den Verträgen, dem Eigenthum u. s. w. Rechtens sey. Dieses giebt das Naturrecht. Positives oder willkührliches Recht hingegen ist, was sich auf den Willen eines Gesetzgebers gründet, und in der Natur der Dinge an sich noch keinen zureichenden Grund haben würde. Dahin gehört z. B. das Gesetz: daß zu einer gültigen Ehe die priesterliche Trauung erfordert wird, daß eine Weibsperson sich nicht gültig verbürgen kann. Dieses sind positive; keine natürlichen Gesetze.

Das Naturrecht ist entweder in engerem Verstande Naturrecht oder Völkerrecht. Völkerrecht, wenn man sich zwey freye Völker denkt, und aus dem Begriffe eines Volks schließt, was für Rechte und Verbindlichkeiten eine Nation gegen die andere habe. Naturrecht in engerer Bedeutung, wenn man den einzelnen Menschen, oder mehrere Menschen in Gesellschaften betrachtet und untersucht, was für natürliche Rechte und Verbindlichkeiten ihnen zukommen (*1).

(1) Von dem großen Nutzen des Naturrechts bey Entscheidung der Processe, sehe man unter andern Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 41.

§. 32. Eintheilung des Positivrechts.

Das Positivrecht ist entweder göttlich oder menschlich. Das göttliche gründet sich in dem Willen Gottes, und ist in der Bibel enthalten; das menschliche in dem Gutdünken eines menschlichen Gesetzgebers. Das göttliche wird in das allgemeine und besondere eingetheilt. Besonderes heißt das, was den Juden gegeben ist, und nur diese verbindet; allgemeines hingegen, was alle Menschen verpflichtet. Zu diesem letzten rechnet man die Gebote: wer Menschenblut vergießt, dessen Blut soll wieder durch Menschen vergossen werden; du sollst den Sabbath heiligen; die Ehegesetze 3 Buch Mos. 18 und 20; das Gesetz, daß der Mann des Weibes Herr seyn solle. Ob es aber ein solches allgemeines willkührliches göttliches Gesetz gebe, ist eine Frage, die in vorigen Zeiten viel Streit veranlaßt hat. Daß die in der Bibel enthaltenen Naturgesetze, z. E. du sollst nicht tödten, nicht stehlen rc. alle Menschen verpflichten, versteht sich von selbst. Daß die Bibel viele Vorschriften enthält, die willkührlich, keine natürlichen Gesetze sind, ist ebenfalls außer Zweifel, z. E. das Gesetz der Beschneidung. Endlich ist auch darüber kein Streit, daß fast alle diese willkührlichen Gesetze blos die Juden angehen. Das aber ist die Frage, ob nicht einige Gesetze in der Bibel stehen, die blos willkührlich, und dennoch allgemein verbindlich sind; das heißt, alle Menschen zu allen Zeiten verpflichten, und ob insonderheit die angeführten, wer Menschenblut vergießt, u. s. w. wirklich solche allgemein verbindlichen Gesetze sind. Unter den heutigen Moralisten und Theologen möchte wohl schwerlich noch einer an ein

ius divinum positivum universale glauben. Wer übrigens Lust hat, die Argumente für und wider die Existenz dieses Rechts, und die Geschichte der vormals so famösen Controvers zu wissen, der kann **Hannesens** und **Meisters** Schriften (*1) von dieser Materie nachschlagen.

Die menschlichen Positivgesetze sind so mannichfaltig, als es Staaten in der Welt gegeben hat, und noch giebt. Es ist nicht thunlich, daß in einem Staate alle Streitigkeiten blos aus dem Naturrecht entschieden werden. Unter den Lehrern des Naturrechts wird noch über viele sehr wichtige Punkte gestritten. Aber auch die ausgemachten Sätze des Naturrechts können im Staate nicht immer angewandt werden. Das Staatsbeste erfordert, daß manche eingeschränkt und modificirt werden (*2). Daher hat es wohl keinen policirten Staat gegeben, worin nicht gewisse positive Gesetze, mehrere oder wenigere, gegolten haben. Wir haben uns in den Institutionen blos mit den Römischen Gesetzen zu beschäftigen; es wird indessen auch jedesmal, wo ein Römisches Gesetz in Deutschland nicht anwendbar ist, angemerkt werden.

(1) *Io. Andr. Hannesen* de non existentia legum divinarum positivarum universalium. Goett. 1744. 8. in opusculis p. 57. seqq. *Christ. Frid. Georg Meister* diss. num ius divinum detur positivum universale. Goett. 1742. in eiusd. Exercit. iurid. var. arg. Fascic. I. p. 25. seqq. — — Vergl. Glück Erläuterung der Pandect. Th. 1. §. 22. Man muß nur bey diesem Streit nicht aus der Acht lassen, daß von eigentlichen positiven Zwangsgesetzen die Rede ist, nicht von dem, was schon das Vernunftrecht mit sich bringt, nicht von den Lehren der Moral und bloßen Tugendpflichten, wie sie das neue Testament enthält. In jener Beziehung, worauf es hier eigentlich ankommt; wird das allgemein verbindende göttliche Recht vorzüglich wegen der nicht geschehenen allgemeinen Bekanntmachung bestritten. W.

(2) **Weber** von der natürlichen Verbindlichkeit §. 41.

§. 33. Vom Staats- und Privatrechte.

Dem Gegenstande nach ist das Recht entweder **Staats- oder Privatrecht**. Das **Staatsrecht** lehrt die Rechte und Verbindlichkeiten, die ein Landesregent als Regent hat. Also nicht alle Rechte und Verbindlichkeiten des Regenten gehören dahin; nicht die, so er als Mensch, oder Bürger hat; sondern nur diejenigen, welche ihm als **Landesherrn** zukommen. Wenn ein Regent, z. E. einen Miethcontract, Tausch, Kauf schließt: so ist er verbunden, ihn zu halten, und hat auch das Recht, von dem andern Paciscenten zu verlangen, daß er ihn halte. Allein jene Verbindlichkeit und dieses Recht gehören nicht in das Staatsrecht, denn sie stehen jedem Menschen, und jedem Bürger, eben sowohl als dem Regenten zu, wenn sie einen solchen Contract eingehen. Hingegen die Verbindlichkeit, Sicherheit und Wohlfahrt des Staates im höchstmöglichen Grade zu befördern, das Recht, Gesetze zu geben und zu voll-

strecken, Abgaben zu fordern, vom Unterthan Gehorsam zu verlangen, das Recht zu strafen, Krieg zu führen rc. sind Verbindlichkeiten und Rechte, welche der Landesherr als Landesherr hat. Sie sind also ein Gegenstand des Staatsrechts.

Das Privatrecht enthält die Rechte und Verbindlichkeiten, welche jedes Mitglied des Staats, oder jeder Bürger als Bürger, er sey Regent oder Unterthan, im Staate hat. Dergleichen sind, z. E. die vorhin angeführten Rechte und Verbindlichkeiten, die aus Kauf=, Tausch=, Miethcontracten und dergleichen entstehen.

Anmerkung. In dem §. 4. I. h. t. und L. 1. §. 2. D. *de iust. et iur.* heißt es: das Staats= und Privatrecht machten die beyden *positiones iuris*, das heißt, die beyden Gattungen des Rechts aus. Ob dieses übrigens aus der Stoischen Terminologie hergekommen ist, welches Heineccius glaubt, ist eine Frage, die ich weder entscheiden mag, noch kann.

§. 34. Vom geschriebenen, und nicht geschriebenen Rechte.

Die verschiedene Weise, wie ein Recht verbindliche Kraft erhält, giebt eine dritte Eintheilung des Rechts. Nemlich ein Recht ist entweder ausdrücklich vom Gesetzgeber promulgirt, oder es ist eine Gewohnheit, die vom Gesetzgeber nur stillschweigend, oder zwar ausdrücklich, aber doch nur im Allgemeinen gebilligt worden ist. Jenes heißt ius scriptum, dieses non scriptum, Gewohnheitsrecht. Unten §. 53. wird diese Eintheilung weit vollständiger erklärt werden.

Anmerkung. Die Juristen, auch schon die classischen (**), nehmen also die Worte, geschriebenes und nicht geschriebenes Recht anders, als sie der gemeine Redegebrauch nimmt. In der gemeinen Sprache heißt geschriebenes Recht, was mit Buchstaben aufgezeichnet ist. Nach dem juristischen Redegebrauch kann ein Gesetz geschrieben heißen, das nie schriftlich verfaßt war, und ein anderes nicht geschrieben, wenn es gleich schriftlich aufgezeichnet ist. Wenn nemlich ein Landesherr einen Befehl nicht aufzeichnen, sondern nur mündlich verkündigen läßt, so heißt er bey den Rechtsgelehrten ius scriptum; und wenn eine rechtliche Gewohnheit gleich von einem Privatschriftsteller aufgezeichnet wird, so heißt sie dennoch ius non scriptum. Der Sachsen= und Schwabenspiegel z. E. enthalten Gewohnheitsrechte, also ein ius non scriptum in juristischer, ein scriptum in gemeiner Bedeutung. Hingegen hatten die ältesten deutschen Völker zwar vermuthlich promulgirte, also geschriebene Gesetze im juristischen Sinne, aber da sie nicht schreiben konnten, so waren auch ihre Gesetze nicht schriftlich aufgezeichnet, nicht ius scriptum nach dem gemeinen Sprachgebrauch. Die Ursache, warum die Rechtsgelehrten diese eigene Terminologie angenommen haben, liegt ohne Zweifel

darin, daß die förmlich promulgirten Gesetze auch meistens aufgeschrieben, die Gewohnheiten hingegen durch mündliche Tradition fortgepflanzt werden (a potiori fit denominatio).

(1) Anderer Meynung sind zwar *Gebauer* ord. Instit. h. t. §. 7. seqq. *Schroeder* observat. iur. civ. p. 11 und *Sturm* diss. de distinctione iuris scripti et non scripti antiquitati restituta (Ien. 1725.) §. 6. et 14. Allein man sehe §. 9. I. h. t. und L. 32. D. de leg. Daß übrigens Tribonian im §. 10. h. t. die verschiedenen Bedeutungen von ius scriptum und non scriptum ganz verwirrt hat, haben Hotomann, Bachov und Vinnius bemerkt, und was Andere zu seiner Vertheidigung sagen, ist nicht hinlänglich. S. auch Glücks Pandecten Th. 1. §. 82.

§. 35. Gattungen des geschriebenen und nicht geschriebenen Rechts.

Das ius scriptum hat im Römischen Staate vier Gattungen, eben so viele das ius non scriptum. Die Gattungen des geschriebenen Rechts sind: 1) leges centuriatae; 2) plebiscita; 3) senatus consulta; 4) principum placita. Die Gattungen des nicht geschriebenen sind: 1) edicta magistratuum; 2) responsa prudentum oder iurisconsultorum; 3) res iudicatae; 4) mores maiorum.

Erste Anmerkung. Das Recht, welches aus den Lehrsätzen der Rechtsgelehrten entstand, hieß ius civile (§. 31.) im engsten Verstande; weil nemlich die übrigen Gattungen des Römischen Rechts ihre eigene Namen hatten, und jenes Recht nicht, so benannte man es nur mit dem allgemeinen Namen ius civile.

Zweyte Anmerkung. Wir rechnen die edicta magistratuum und responsa prudentum zu dem ungeschriebenen Rechte; Justinian zählt sie im §. 3. h. t. zu dem geschriebenen. Er sagt: scriptum ius est lex, plebiscitum, senatusconsultum, principum placita, *magistratuum edicta, responsa prudentum*. Ist dieses nicht ein Widerspruch? Nein. Die edicta und responsa können in gewisser Rücksicht zum geschriebenen Recht gezählt werden, und in anderer zum ungeschriebenen. Nemlich ursprünglich waren diese beyde Rechtsgattungen ein ius non scriptum, ein Gewohnheitsrecht, das nicht ausdrücklich publicirt war. In den neuern Zeiten wurden sie zu einem geschriebenen Recht gemacht. Die Edicte der Magistratspersonen erhielten blos durch die Observanz ein gesetzliches Ansehen, waren also ius non scriptum. Als aber Kayser Hadrian das edictum perpetuum machen, und darin die edicta magistratuum sammeln ließ, dieses Werk auch förmlich promulgirte, da wurden die Edicte ein geschriebenes Recht. Eben so waren auch die Lehrsätze der Rechtsgelehrten anfangs nur ein ungeschriebenes, ein Gewohnheitsrecht. Justinian aber ließ die Schriften der Rechtsgelehrten excerpiren, aus diesen Excerpten die Pandecten machen, und diese als ein Gesetzbuch pub-

tiren (§. 6.); dadurch bekamen die Lehrsätze der Rechtsgelehrten das Ansehen eines geschriebenen Rechts (*[1]).

(1) Man kann bey diesem und dem vorigen §. noch vergleichen: Thibaut Versuche rc. 1. 7. und die Berichtig. und Zus. zu den Institut. Nro. 7.

§. 36. Von den legibus centuriatis.

Die erste Gattung des geschriebenen Rechts ist also *lex centuriata* (*[1]). Man bemerke 1) das Römische Volk war in Patricier und plebem eingetheilt. Die Patricier waren ungefähr so viel als unser Adel, plebs ungefähr, was unser Bürgerstand ist (*[2]). In den Lehrbüchern über die Rechtsalterthümer werden diese Begriffe bestimmter und ausführlicher vorgetragen.

2) Eine lex centuriata wurde von einer Magistratsperson in Vorschlag gebracht (*rogabatur lex*). Der *rogator* legte sie zuerst dem Senate vor; alsdann wurde sie öffentlich ausgehängt (promulgabatur), damit sie jeder Bürger lesen konnte. So blieb sie per trinundinum, das heißt, wenigstens 17 Tage lang hängen.

3) Doch nicht jeder Magistratus konnte leges centuriatas in Vorschlag bringen, sondern nur die drey höchsten, die Dictatoren, die Consuln und Prätoren. Dictator war ein ausserordentlicher Staatsbedienter, der ernannt wurde, wenn die Gewalt der Consuln nicht hinlänglich schien, dem Staate aus einer dringenden Noth zu helfen; denn die Gewalt der Consuln war beschränkt, des Dictators seine aber ganz uneingeschränkt und despotisch. Man wählte ihn hauptsächlich alsdann, wenn innere Unruhen, oder große auswärtige Gefahren vorhanden waren. Dieser Dictator regierte aber nur höchstens sechs Monate lang. Die Consuln waren die höchsten ordentlichen Magistratspersonen. Ihrer waren zwey, die ein Jahr lang regierten, das Directorium in allen wichtigen Geschäften hatten, auch die Armee commandirten. Prätor endlich war der Staatsbediente, welcher die Jurisdiction, das heißt, die Gerichtsbarkeit in Civilsachen ausübte, Stadtrichter, Justizpräsident nach modernen Ausdrücken.

4) Wenn das Gesetz die vorgeschriebene Zeit über ausgehängt gewesen war, so wurden *comitia*, das heißt, eine Volksversammlung gehalten. Das Volk votirte, und billigte, oder verwarf das Gesetz durch die meisten Stimmen. Weil das Römische Volk in 6 Classen, und jede Classe in Centurien eingetheilt war, über leges centuriatas aber meistens centurienweise votirt wurde, so, daß jede Centurie ihr votum gemeinschaftlich ablegte, so bekamen die Gesetze den Namen centuriatae.

5) So lang die Republik frey war, wurden dergleichen Gesetze in Menge gemacht. Auch noch unter August sind einige verfertiget worden; z. E. die berühmten leges Iulia und Papia Poppaea, Gesetze, wodurch August die

rechtmäßigen Ehen und die Bevölkerung zu befördern, zugleich aber die Einnahme seiner Casse zu vermehren suchte (*3). Kayser Tiberius aber nahm dem Volk die gesetzgebende Gewalt (§. 38.), und gab sie dem Senate; von dieser Zeit an verlieren sich die leges centuriatae.

(1) Daß das lateinische lex nicht immer durch das deutsche Gesetz ausgedrückt werden könne, ist bekannt. *Ernesti* clav. Cic. pag. 1. seq.

(2) Ich sage ungefähr. Bey den Römern war übrigens nobilis und patricius verschieden. Nobilis hieß einer, dessen Vorfahren magistratus curules bekleidet hatten; Patricius der, welcher aus einem Patricischen Geschlecht war. Ein Plebejer konnte also nobilis, und ein Patricier ignobilis seyn, wiewohl der letzte Fall höchst selten seyn mochte.

(3) Man kann die Lehrlinge der Jurisprudenz nicht zu dringend zum Studium dieser höchst wichtigen Gesetze ermuntern, die in unzählige Artikel des Römischen Rechtssystems eingreifen. Den Inhalt findet man bey *Bach* in histor. iur. lib. 3. cap. 1. — — Die vorzüglichsten Commentarien sind von Jac. Gothofred bey *Otto* Thes. III. von Franz Ramos del Manzano bey *Meermann* Thes. V. und von Heineccius. Vergl. Hugo Rechtsgesch. §. 202. W.

§. 37. Von den Plebiscitis.

Die zweyte Gattung des geschriebenen Rechtes sind plebiscita. Zuweilen kamen die Plebejer allein, ohne die Patricier zusammen, und votirten über neue Gesetze. Eine Verordnung, die in dergleichen Versammlungen bestätigt wurde, hieß *plebiscitum*. Sie ist also von einer lege centuriata darin unterschieden: 1) brachte sie ein Tribunus plebis in Vorschlag; 2) wurde sie nicht von dem ganzen Volk bestättigt, sondern nur von einem Theil desselben. Tribuni plebis nemlich waren obrigkeitliche Personen, die zum Schutz der Plebejer, um deren Rechte und Freyheiten gegen die Patricier zu vertheidigen, im Jahr nach Roms Erbauung 260. erwählt, und nach und nach so mächtig wurden, daß sie fast den ganzen Staat allein regierten. Weil übrigens die plebiscita nur von den Plebejern bestättigt waren, so wollten die Patricier sich ihnen durchaus nicht unterwerfen, und es mußten erst drey Gesetze gemacht werden, die den Plebisciten die Kraft allgemein verbindlicher Gesetze beylegten, nemlich lex Horatia im J. 306, lex Publilia im Jahr 416, und lex Hortensia im Jahr 465, ehe die Patricier nachgaben. Unter Augusts Regierung haben die Plebisciten aufgehöret.

Anmerkung. In unserm Römischen Gesetzbuche kommen viele Gesetze vor, die nichts anders, als plebiscita sind; lex Aquilia, Falcidia, Voconia, Cincia, Atilia, Scribonia u. s. w. Nicht wenige Schriftsteller, auch Heineccius (*1) glauben, die plebiscita hätten den Namen leges erst von der Zeit an erhalten, da man ihnen die Autorität allgemeiner Gesetze beygelegt

legt hätte, aber ohne Grund. Bach (**) zeigt, daß sie diesen Namen gleich anfangs geführt haben.

(1) *Heinecc.* hist. iur. lib. 1. §. 42.
(2) *Bach* hist. iurisprud. rom. Lib. 2. cap. 1. §. 17.

§. 38. Von den Senatsconsulten.

Um sich von den senatusconsultis den richtigen Begriff zu machen, bemerke man: 1) der Senat war ein Collegium von einigen hundert Personen, das unter der Direction der Consuln alle die Staatsgeschäfte besorgte, welche das Volk sich nicht vorbehalten, auch den Magistratspersonen nicht übertragen hatte. Nemlich einige Majestätsrechte übte das Volk selbst aus: die gesetzgebende Gewalt, das Recht Krieg und Friede zu beschließen, und die Bestellung der obrigkeitlichen Personen. Andere hatten die magistratus auszuüben. Z. E. die Jurisdiction hatte der Prätor, die Policeyaufsicht hatten die Aedilen, die Schätzung des Volks die Censoren. Endlich hatte man auch dem Senat gewisse öffentliche Geschäfte überlassen. Die wichtigsten sind in der Note zum §. bemerkt: Aufsicht über die öffentlichen Cassen; Gesandtschaften, der Senat schickte nemlich Gesandte an fremde Nationen, und gab fremden Gesandten Audienz; Verwaltung der dem Römischen Volk unterworfenen Provinzen; Bestrafung schwerer öffentlicher Verbrechen ausser Rom in Italien, denn in Rom hatte der Senat mit diesem Gegenstande nichts zu thun; die Triumphe, ein Feldherr mußte diese Ehre vom Senat erbitten; Comitien, das ganze Volk durfte ohne Erlaubniß des Senats nicht zusammenberufen werden; Gerichtsferien; *supplicationes* oder Bet- und Danktage, der Senat setzte sie an.

2) Wenn nun der Senat über diese Gegenstände eine Verordnung ergehen ließ, so hieß sie *senatusconsultum, senatus decretum, decretum amplissimi ordinis.*

3) Konnte der Senat aber auch wohl Gesetze in Privatsachen, z. E. über Contracte, Testamente, Vormundschaften rc. machen? Man unterscheide die Zeiten. Zu den Zeiten des Freystaates war er dazu nicht befugt. Er konnte die vernachläßigte Beobachtung eines schon vorhandenen Gesetzes einschärfen; er konnte auch in Privatsachen Befehle ertheilen, die in einem einzelnen Falle beobachtet werden mußten. Aber neue, allgemeine Gesetze in Privatsachen konnte er nicht geben (*¹). Von den Zeiten des Kaisers Tiberius aber an hat der Senat dieses Recht erhalten. August hatte die Gesetze noch vom Volk in den Comitien machen lassen. Dem Tiberius war dieses lästig. Er nahm also dem Volk die gesetzgebende Gewalt, und gab sie dem Senate; comitia ex campo in curiam transtulit, sagt Tacitus *Annal.* 1. 15.; er verlegte gleichsam die Comitien vom Felde des Mars, wo sie bisher waren

gehalten worden, auf das Rathhaus. Nam ad eam diem, sagt Tacitus, et si potissima arbitrio principis, quaedam tamen studiis tribuum fiebant; Tiberius konnte manches in den Comitien nicht, manches nur mit Mühe durchsetzen (*2).

(1) *Bach* hist. iurispr. Lib. 2. cap. 2. Sect. 2. §. 1. behauptet zwar das Gegentheil: allein man sehe *Seger* var. observ. iur. civ. Obs. 3. pag 12. Lips. 1767. *Henne* diss. de SCtorum vi et auctoritate §. 4. seqq. Erf. 1773 und *Eiuert* diss. varia iuris civ. capita, cap. 3 — — Die Meynung Bach's, daß die Schlüsse des Senats schon in den Zeiten des Freystaats allgemeine Rechtsnormen bestimmt hätten, hat auch noch einleuchtender vertheidigt Hugo Rechtsgesch. §. 132. W.

(2) Wahr ists, daß Tacitus nur von den Comitien redet, worin Magistratspersonen gewählt wurden. Allein da doch 1) Tiberius dem Volke das Recht nahm, die Magistratus in Comitien zu wählen, welches ein noch wichtigeres Recht war, als die gesetzgebende Macht; da 2) die Geschichte zeigt, daß von Tiberius Zeiten an die Comitialgesetze aufgehört haben, und die Senatusconsulte an ihre Stelle traten; so folgt doch wohl ganz natürlich, daß Tiberius alle Comitien aufgehoben habe. — — Indeß fehlt es nicht an erheblichen Gründen für das Gegentheil. *Reinold* observat. iur. civ. interpret. cod. praemissae cap. 1. in opusc. iurid. p. 392. sqq. Hugo l. c. W.

§. 39. Fortsetzung.

Wenn nun der Kayser ein Senatusconsult gemacht haben wollte, so trug er es dem Senat vor, indem er entweder selbst eine Rede im Senat hielt, oder die Rede durch einen geheimen Secretär (quaestorem candidatum) (*1) ablesen ließ (*2a), oder in einem Schreiben (libello) seinen Willen eröffnete. Der Senat votirte alsdann über den Vorschlag, aber nur zum Schein; denn niemand wagte es, ihn zu verwerfen (*2b) und nun wurde der Rathsschluß durch ein kayserliches Edict publicirt. Von diesen Zeiten an ward eine große Menge von Rathsschlüssen, und zwar über Objecte des Privatrechts gemacht; die Rathsschlüsse erhielten nun auch eigne Namen (*3), das zuvor nicht geschah, und wurden zuweilen *leges* genannt (*4). In unserm corpore iuris kommen SCt. Silanianum, Claudianum, Turpillianum, Trebellianum, Pegasianum, Macedonianum, Velleianum etc. etc. vor.

(1) *Dodwell* praelect. academ. Prael. 10 § 6. p. 396. seqq.

(2 a) *Christ. Othon. a Boekelen* diss. de orationibus Principum, in opusc. (Lugd. Bat. 1678. 12.) p. 109. seqq.

(2 b) Vergl. jedoch *Reinold* l. c. p. 393. sqq. W.

(3) Von dem Consul, welcher den Vortrag im Senat gethan hatte, s. *Hein.* ad *Vinn.* tit. de fideicommiss hered. §. 4. p 492. sq.

(4) Z. B. lex Claudia, deren L. 3. C. de legit. tut. (V. 30.) und Ulp. fragm. XI. 8. gedenken, ist ein SCtum.

§. 40. Fortsetzung.

Weil ein Rathsschluß gewöhnlich durch eine kayserliche Rede veranlaßt

wurde, so heissen die SCta von dieser Zeit an auch iura orationibus principum constituta. Anstatt zu sagen: dieß sey durch ein Senatusconsult verordnet worden, sagen die Schriftsteller oft: es sey durch eine Rede des Kaysers verordnet worden (*1). Lange Zeit sind diese Senatusconsulte üblich geblieben, so, daß wenn die Kayser etwas zu verordnen fanden, sie es durch ein Senatusconsult thaten. Von den Zeiten der Antonine an aber werden sie seltener. So wie die Kayserliche Macht wuchs, nahm die Macht des Senats ab. Indessen wurden bis auf die Zeiten Constantins des Großen doch noch immer Rathsschlüsse gemacht. Von dieser Zeit an aber hören sie über Gegenstände des Privatrechts völlig auf, und der Senat zu Rom und Constantinopel machte nur noch Verordnungen über die öffentlichen Angelegenheiten, die in sein Departement gehörten. Unter der Regierung des Kaysers Leo hatte er aber auch dieß Recht nicht mehr. Denn dieser Kayser verordnete in seiner 78 Novelle, man sollte das Gesetz, vermöge dessen der Senat befugt sey, Verordnungen zu machen, in den Gesetzbüchern ausstreichen (*2).

(1) L. 8. D. *de transaction.* L. 1. D. *in quib. caus. pign.* L. 52. §. 10. D. *pro socio.* L. 60. pr. *de ritu nupt.* Die orationes principum sind also keine besondere Gattung von kayserlichen Verordnungen, wie *Schomberg* in s. historical and chronological view of Roman law (Oxford 1785.) S. 29. glaubt.

(2) *Zepernick* de novellis Leonis p. 269. seqq.

§. 41. Von den kayserlichen Verordnungen.

Die vierte Gattung des geschriebenen Rechts sind die kayserlichen Verordnungen. Ich habe davon folgendes anzumerken. 1) Rom wurde anfangs durch Könige regiert. Als der letzte derselben, Tarquinius, vertrieben war, wurde Rom ein freyer Staat, und behauptete seine Freyheit ungefähr 500 Jahre, bis Sylla, Julius Cäsar und August sie ihm raubten, und sich, einer nach dem andern, zu Oberherren aufwarfen.

2) Nachdem August einige Jahre regiert hatte, wurden ihm im Jahr 727. nach Erbauung Roms, die Majestätsrechte vom Volk und Senat förmlich und feyerlich übertragen. Bey den folgenden Kaysern wurden diese solennen Concessionen, so oft einer den Thron bestieg, wiederholt, und erhielten endlich, ungefähr zu Hadrians Zeiten, den Namen *lex regia*. Also die lex regia, die auch *lex Imperii*, *lex Augusti*, *Augustum privilegium* heißt, ist nichts anders, als die Uebertragung der Majestätsrechte, die einem Kayser bey der Thronbesteigung geschah (*1); und wenn Einige sie für eine Erdichtung Ulpians (*2) oder Justinians (*3) halten, so geschieht es ohne allen Grund.

3) Vermöge der legis regiae hatten die Kayser das Recht Gesetze zu

machen. Indessen bedienten sie sich dieses Rechts anfangs sehr sparsam. Sie publicirten neue Verordnungen meistens als senatusconsulta (§. 40.). Wenn sie selbst etwas neues durch Edicte verordneten, so ließen sie diese oft durch senatusconsulta bestätigen. Auch das Ansehen ihrer Constitutionen war noch schwankend (§. 43. 47.) (*).

Erst nach Verlauf einiger Jahrhunderte, fingen sie an, die gesetzgebende Gewalt so häufig und eigenmächtig auszuüben, daß ihre Constitutionen die einzige neue Rechtsquelle wurden.

Die Definition der Constitutionen im §. wird also nun verständlich seyn: sunt principum placita, quae, si hi volunt (**blos darum, weil es der Kayser will, ohne Einstimmung des Volks oder Senats, und in so weit, als er will**), legis habent vigorem (*4).

(*) §. 6 I h. t. L. 3. C. de *testament.* L. un. §. 14. C. de *caduc. toll. Westenberg* Divus Marcus diss. 2.

(2) Wie *Mart. Schock* tr. de quadruplici lege regia Viteb. 1668. 12. Ulpian sagt in der L. 1. D. de constit. Princ. quod Principi placuit, legis habet vigorem, utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat. Ueber die Worte ei et in eum s. *Duaren.* disp. annivers. II. 19 *Noodt.* obs. I. 3. *Reinold* ad *Mercer.* p. m. 120. Von den vielen Schriftstellern über die L. Regiam will ich nur den neuesten *Andr. Guil. Cramer* in D. Vespasiano p. 20. seqq. anführen.

(3) Dieß thut *Gravina* in tr. de imperio romano cap. 27.

(*) *Bach* histor. iur. lib. 3. cap. 1. sect. 4. W.

(4) Daß die Kayser ihre Verordnungen *constitutiones* genannt haben, leitet *Seger* obs. iur. civ. pag. 14. daher, weil das Wort constituere oft so viel als repetere bedeute, und die Kayser dem Volke hätten glauben machen wollen, daß ihre Gesetze kein neues Recht, sondern blos eine Erklärung und Bestätigung des alten enthielten. So ganz unwahrscheinlich finde ich diese Vermuthung nicht.

§. 42. Eintheilung derselben.

Diese Verordnungen sind in Ansehung des **Inhalts** (S. die 5. Tabelle) entweder *edicta*, oder *mandata*, oder *rescripta*, oder *decreta*, oder *privilegia*. Andere geben nur vier Gattungen an, sie rechnen nemlich die privilegia unter die Rescripte. Andere zählen mehr als fünf Gattungen (*1), die sich aber auf die fünf genannten zurückführen lassen. Doch Eine Gattung muß jenen noch beygefügt werden, die *liberalitates* oder *beneficia Principum*. Denn diese sind wirklich eine ganz eigne, und von den übrigen verschiedene Art der Constitutionen. Wenn nemlich der Kayser einem ein öffentliches Amt, eine Würde ertheilte, mit Geld oder Geldeswerth ein Geschenk machte, so hieß dieses liberalitas Principis, beneficium Principis (*2). Diese Geschenke wurden in ein besonderes Protocoll eingetragen, in den *librum beneficiorum*, *commentarium Principis* oder *sanctuarium Principis* (*3). Das

Document, worin einem ein Amt ertheilt wurde, hieß *codicilli, codicilli Imperiales* (*4).

(1) *Hoffmann* histor. iur. Vol. 1. Part. 1. p. 398. — — Richtiger ist wohl die Eintheilung der Constitutionen, wie sie *Waldeck* institut. iur. civ. §. 39-44. nach den verschiedenen Gesichtspuncten a) des Inhalts, b) der Form geordnet hat. Nur das ist zu erinnern, daß die Rescripte auch allerdings in causa controversa ergehen konnten, da sie sich von den Decreten wesentlich nur dadurch unterscheiden, daß diese eine eigentliche Entscheidung nach vorgängiger Untersuchung enthalten. W.

(2) L. 11. §. 2. D. de minor *Gutherius* de offic. dom. Aug. lib. 1. cap. 37.

(3) *Brisson* de formul. lib. 3. cap. 54.

(4) *Brisson.* de verb. signif. voc. *codicilli.*

§. 43. Von den Edicten der Kayser.

Edicte heißen bey den Römern Verordnungen des Kaysers, worin ein neues Recht zum Besten aller Unterthanen im ganzen Römischen Reiche, oder einer ganzen Provinz, oder einer Stadt festgesetzt und öffentlich promulgirt wird. Schon August hatte solche Edicte gemacht; doch scheinen sie damals noch nicht die Autorität allgemeiner Gesetze gehabt zu haben. Erst nach und nach unter den folgenden Kaysern haben sie dieß Ansehen erhalten, und sind dadurch die wichtigsten unter allen kayserlichen Verordnungen geworden.

Von diesen Edicten sind die **Mandate** zu unterscheiden. Mandate waren Instructionen der kayserlichen Bedienten. Sowohl die Gouverneurs der Provinzen, als die öffentlichen Bedienten in Rom erhielten dergleichen Instructionen, worin die Grenzen, Rechte und Pflichten ihres Amts bestimmt und vorgeschrieben waren (*1). Sie galten directe nicht als allgemeine Gesetze, sondern verpflichteten nur den Bedienten, der sie erhielt. Indessen publicirte dieser doch zuweilen durch Edicte die Stellen seines Mandats, welche dem ganzen Publicum zu wissen nöthig waren (*2).

Anmerkung. 1) Die Edicte heißen auch leges edictales perpetuae, leges in perpetuum valiturae, sacrae leges, auch generales epistolae (*3), und constitutiones in strengem und eigentlichem Verstande (*4). 2) Viele Juristen, z. E. Hoffmann (*5) setzen als einen wesentlichen Charakter der Edicte fest, daß sie aus eigenem Antriebe des Kaysers gegeben worden; aber unrichtig, denn die Magistratspersonen, der Senat rc. veranlaßten oft die Edicte (*6).

(1) *Cuiac.* ad Nov. 8. et 17. *Iac. Godofr.* ad L. un. C. Theod. de mandat. Princ. *Brissonius* de formul. pag. 311. edit. *Bach.*

(2) *Plin.* Epist. X. 97. *Bach.* ad *Brisson.* de formul. pag. 313 *Car. Eman. Vizzanius* tr. de mandatis Principum (Amst. 1657. 4.) prolegom. n. 18. pag. 7.

(3) Man s. *Bach* hist. iurisprud. lib. 3. cap. 2. sect. 3. §. 3.

(4) *Noodt* Dioclet. et Maxim. cap. 2.

(5) *Hoffmann* histor. iuris rom. p. 399.

(6) Dieser Veranlassung ungeachtet wurden aber doch die Edicte ihrer Form nach nicht als Verfügungen auf vorhergegangene Anträge gegeben; daher Waldeck l. c. §. 43. sehr richtig erklärt: edicta sunt constitutiones generales motu proprio emissae. W.

§. 44. Was sind Rescripte?

Rescripte heissen Verordnungen, worin der Kayser eine an ihn ergangene Anfrage oder Bitte beantwortet (*[1]). Sie sind von dreyerley Art. Wenn sie auf die Supplik einer Privatperson (ἀξιώσεις partium) ergehen: so heißen sie *adnotationes* oder *subnotationes*, weil sie auf die Supplik notirt wurden. Ergingen sie an eine Magistratsperson, so hießen sie *epistolae*, denn sie waren in Form eines Schreibens abgefaßt. Wenn endlich ein ganzes Collegium (eine schola, wie es die Römischen Juristen oft nennen), ein Senat, eine Stadt, Provinz u. s. w. in einer öffentlichen Angelegenheit Vorstellung that, und ein kayserliches Rescript erhielt: so hieß dieß *sanctio pragmatica*, *sacra pragmatica*, *pragmatica forma*, *divina pragmatica lex*, *pragmaticum rescriptum*, *etc.* (*[2]). Von allen Rescripten ist zu bemerken, daß die Kayser darin meistens nur das alte Recht bestätigten oder erklärten, selten abschafften. Man muß also in denselben keine correctorische Verordnungen suchen und annehmen, wenn sie nicht deutlich darin liegen (*[3]).

(1) Einige behaupten, die Rescripte hätten auch *facta* geheißen. Allein die Stellen, die man zum Beweise anführt, beweisen es nicht. Just. Henn. Böhmer critische Anmerkungen über dasjenige, was man in Streitsachen factum oder facti speciem nennt, in Schoths Wochenblatt. 1. Band, 395. rc. Seite.

(2) Diese Namen sind zuerst unter den Constantinopolitanischen Kaysern aufgekommen; von dem griechischen πρᾶγμα, eine öffentliche Angelegenheit. *Iust. Henn. Boehmer* diss. de sanctionum pragmaticar. indole et auctoritate, in Exerc. ad Pand. Tom. 1. p. 398. seqq.

(3) *Schulting* diss. pro rescriptis Imperat. Rom. §. 4. *Reinoldi* opusc. pag. 397. *Glück* opusc. fascic. 1. p. 112. 186. et 289.

§. 45. Anmerkungen über die Rescripte.

Die kayserlichen Verordnungen gelten nur, in soweit es der Kayser haben will (§. 42.). Daraus folgt: 1) daß die Rescripte nur gültig sind, wenn in der vorausgegangenen Vorstellung Wahrheit enthalten ist. Jedes Rescript setzt nemlich eine Vorstellung, Anfrage, Supplik voraus, und gründet sich darauf. Ist in dieser Vorstellung die Wahrheit verschwiegen, oder sind falsche Umstände angeführt: so will der Landesherr nicht, daß es gelten soll; es gilt also nicht. Es ist daher dem Impetraten, d. i. dem, gegen welchen ein Rescript ergeht, erlaubt, dem Rescript die exceptionem *sub- et obreptionis*, den Einwand, das Rescript ist von dem Impetranten durch falsche Vorstellungen erschlichen, entgegen zu setzen (*[1]). Kann er diesen erweisen (*[2]), so muß das Rescript cassirt werden. Wenn ein Rescript etwas verordnet, was

dem ganzen Staate zum offenbaren Schaden gereicht, oder einem Unterthanen sein wohl erworbenes Recht entzieht: so ist es höchst wahrscheinlich, daß es durch Unwahrheiten erschlichen sey, und die Landescollegien oder der Impetrat haben daher die Erlaubniß, dem Landesherrn Vorstellungen dagegen zu thun; der Impetrat, welchem sein ius quaesitum entzogen werden will, ist auch befugt, gegen den Landesherrn, oder gegen den Fiscal Klage zu erheben.

(1) Man verwirre mit dieser Einrede nicht die *exceptionem falsitatis*, wenn man behauptet, das Rescript sey vom Landesherrn nicht erlassen worden. Auch diese Einrede muß erwiesen werden. Wahrscheinlich wird sie zuweilen durch die Umstände, z. E. wenn das Rescript kein Datum hat, in einem ungewöhnlichen Stil abgefaßt ist rc.

(2) Denn der Regel nach muß er den Beweis führen. Glück Pandecten, Buch 1. Tit. 4. §. 97. — — Die Gesetze haben in Ansehung des Beweises hier nichts besonderes bestimmt: daher die Frage, wer ihn zu führen habe, nach eben den Grundsätzen zu bestimmen ist, welche davon überhaupt bey streitigen Thatsachen gelten. W.

§. 46. Von den Decreten.

Ein Decret ist eine Verordnung, wodurch der Kayser nach vorhergegangener Untersuchung einen Proceß entscheidet. Die Römischen Kayser untersuchten und entschieden viele Processe, die durch Appellation an sie gelangten; entschieden auch zuweilen Sachen in der ersten Instanz (*1). Eine solche kayserliche Entscheidung hieß *decretum*; und war zweyerley, entweder *decretum* in strengerem Verstande, oder *interlocutum*. Wenn nemlich die Hauptfrage des Processes entschieden, und dadurch der ganze Proceß geendiget wird: so heißt es *decretum* in eigentlichem Verstande. Wenn hingegen ein Nebenpunct decidirt wird, z. E. ob ein gewisser Zeuge im Processe zuläßig, ob eine Parthey der andern ein gewisses Document herauszugeben schuldig sey: so heißt die Entscheidung *interlocutio* oder *interlocutum*. Bey den Decreten in eigentlichem Verstande wurde eine genaue Untersuchung angestellt; die Interlocute aber wurden *de plano*, d. i. ohne Weitläuftigkeit gegeben.

(1) *C. G. Haubold* de consistorio principum spec. 1. et 2. Lips. 1789. W.

§. 47. Von dem Ansehen der Decrete und Rescripte

Eine merkwürdige Frage ist: ob die Decrete und Rescripte allgemeine, oder nur specielle Gesetze sind? Der Landesherr giebt ein Decret oder Rescript in einer einzelnen Sache. Gilt dieß nur in dieser Sache, oder müssen es die Gerichte auch in andern ähnlichen Fällen anwenden? Z. E. ein Jungfernkind (spurius) verlangt den sechsten Theil von seines Vaters Erbschaft; die Verwandten verweigern ihm denselben, weil unter den Rechtsgelehrten diese Sache sehr streitig ist; es kommt zum Proceß, der Landesherr entscheidet ihn zum Vortheil des unehelichen Kindes. Die Frage also ist, ob

dieses Decret in allen vorkommenden ähnlichen Fällen zur Richtschnur diene, und die Gerichte nun allen spuriis die Succession in den sechsten Theil der väterlichen Erbschaft gestatten müssen? Vor Justinians Zeiten haben die Rescripte und Decrete kein allgemeines Ansehen gehabt, wenn der Kayser dieses nicht sogleich bey und mit dem Rescript oder Decret verordnete (*1). Justinian aber hat es ihnen in der leg. 12. Cod. de leg. et const. (I. 14.) beygelegt (*2).

Indessen muß man doch voraussetzen, 1) daß es Decrete oder Rescripte sind, die eine streitige Rechtsfrage entscheiden, wie das eben angeführte über die Succession der unehelichen Kinder ist. Wenn ein Decret eine bloße quaestionem facti entscheidet, ob ein gewisses *factum* in vorliegendem Fall geschehen oder nicht geschehen sey, z. E. ob der Beweis gehörig geführt, die Appellationsfristen gewahrt seyen: so kann das Decret seiner Natur nach nicht auf andere Fälle angewandt werden. 2) Wird vorausgesetzt, daß der Landesherr die Absicht gehabt hat, eine allgemeine Verordnung zu geben, und nicht blos für diesen Fall, *citra consequentiam*, wie man in der Canzleysprache sagt, eine Vorschrift hat ertheilen wollen (*3).

(1) Dieß hat *Zepernick* diatr. de auctor. rer. a centumviris iudicatarum §. 20. in append. a Siccamae tr. de iudicio centumvirali p. 381. sehr gut bewiesen.

(2) *Brenkmann* de euremat. cap. 7. Sect. 2. pag. 129. sqq.

(3) *Stryk* diss. de obligatione rei iudicatae contra tertium, cap. 1. §. 10. hauptsächlich ist *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 1. obs 1. nachzulesen. (Ich kann nicht unterlassen dieses Buch, Reinharths Observationen über Christinäus, Erf. 1743. Fol. allen meinen Lesern ganz vorzüglich zu empfehlen. Es enthält einen Schatz von sehr practischen, und mit ausnehmender Gründlichkeit ausgeführten Bemerkungen. Daß der Verf. diese Bemerkungen als Observationen über des Christinäus Decisionen einrichtete, und zugleich diese in zwey Foliobänden wieder auflegen ließ, war eine unglückliche Idee, die den Absatz des Buches hinderte, und den Verleger bankerot machte.) S. auch *Müller* ad *Leyser* Tom. 6. Fascic. 2. p. 35. sqq. und *Emminghaus* ad *Cocceii* ius contra. pag. 66. Glück Erläuterung der Pand. Th. 1. §. 96.

§. 48. Was sind Privilegien?

Das Wort privilegium wird bey den Römern in einem weitläuftigern Sinne genommen, als heutiges Tages. Sie verstehen darunter jede Verordnung, wodurch einem ein ausserordentliches Recht ertheilt, oder eine ausserordentliche Strafe dictirt wird (*). Wir verstehen hingegen darunter nur solche Verordnungen, wodurch der Landesherr eine einzelne Person oder Sache von der Vorschrift der Gesetze in mehrern ähnlichen Fällen auf eine vortheilhafte Weise befreyet.

Also der erste Charakter der Privilegien ist, sie gehen auf eine einzelne Person oder Sache. Das gemeine Recht sagt z. E. jeder Unterthan muß Steuern

Steuern entrichten; das Privilegium sagt, diese Person, diese Sache sollen steuerfrey seyn, und in soweit stimmt unser Redegebrauch mit dem Römischen überein. Allein nach dem unsrigen wird ferner 2) erfordert, daß die Verordnung, die ein privilegium heißen soll, dem Privilegirten vortheilhaft und angenehm sey. Wenn jemand in einem Lande, wo die Todesstrafen abgeschafft sind, wegen besonderer Umstände am Leben gestraft wird: so sagen wir nicht, daß er ein Privilegium erhalten habe. In der alten lateinischen Sprache hingegen nennt man eine solche unangenehme, nachtheilige Verordnung auch privilegium. Endlich 3) nennt man auch heutiges Tages nur diejenigen Verordnungen privilegia, welche auf mehrere Fälle gehen, d. i. dem Privilegirten nicht allein in einem, sondern in mehreren ähnlichen Fällen nützlich sind. Man nennt es also kein privilegium, wenn z. E. einer die Erlaubniß erhält, eine nahe Verwandtin zu heyrathen, die er nach den Gesetzen nicht heyrathen dürfte. Denn diese Erlaubniß geht nur auf den einzigen Fall.

Eine unmittelbare Folge aus dem Begriffe des Privilegiums ist: die Privilegien sind nicht zur Folge, zum Beyspiel zu ziehen (privilegia non sunt trahenda ad exemplum). Wenn der Landesherr mir ein Privilegium giebt, so kann sich ein Anderer nicht darauf berufen, gesetzt auch, daß er sich mit mir in gleichem Falle befindet, sondern er muß den Landesherrn um die Ertheilung des *privilegii* bitten.

Anmerkung. Nimmt man das Wort privilegium in der modernen, eingeschränkteren Bedeutung, so sind von den Privilegien die *constitutiones personales* unterschieden. Diese gehen auf einen einzelnen Fall, das Privilegium auf mehrere. Man theilt sie in günstige (constitutiones *favorabiles*) und ungünstige (*odiosas*) ein. Unter den ungünstigen versteht man eine Sentenz des Landesherrn, wodurch einem eine härtere Strafe dictirt wird, als in den Gesetzen bestimmt ist; si quam poenam irrogavit princeps, heißt es im Text, §. 6. h. t.; wenn z. E. jemand vom Landesherrn zum Rade verurtheilt wird, der nach den Gesetzen nur das Schwerdt verdient hätte **). Die günstigen sind entweder *dispensationes*, oder *abolitiones*, oder *adgratiationes*. Im Texte am a. O. werden sie unter den Worten: si princeps cui sine exemplo subvenit, verstanden. Wenn nemlich jemand eine in den gemeinen Rechten verbotene Handlung vornehmen will, und zuvor vom Landesherrn die Erlaubniß dazu erhält: so heißt dieselbe eine Dispensation. Z. E. jemand will sich trauen lassen ohne Proclamation, die doch in den gemeinen Rechten vorgeschrieben ist; er erhält vom Landesherrn Erlaubniß dazu. Diese heißt (freylich nicht in gutem Latein) *dispensatio*: Hingegen wenn jemand beschuldigt wird, eine gesetzwidrige Handlung schon begangen zu haben, und vom

Landesherrn eine Verordnung erhält, daß kein Proceß deswegen gegen ihn angestellt werden, oder der schon angefangene aufhören soll: so heißt dieß eine Abolition. Endlich wenn einem wegen eines begangenen Verbrechens schon wirklich die Strafe dictirt worden ist, und der Landesherr sie ihm ganz oder zum Theil erläßt: so heißt diese Erlassung Aggratiation, Begnadigung.

Von den Privilegien sind ferner die Rechtswohlthaten, *beneficia legis* oder *iura singularia* (*[1]) zu unterscheiden, welche indessen doch auch oft Privilegien genannt werden. Man versteht darunter vortheilhafte Verordnungen neuerer Gesetze, die im ältern Recht unbekannt sind. Z. E. das alte Römische Recht weiß nichts davon, daß ein Minderjähriger, der in einem Contract Schaden gelitten hat, sich dagegen in integrum restituiren, das heißt, den Contract umstoßen lassen kann; neuere Gesetze aber geben den Minderjährigen dieses Recht. Die Weibspersonen, welche sich verbürgen, müssen nach dem alten Römischen Recht so gut als Mannspersonen haften; ein neues Gesetz aber SCtum Velleianum, erklärt ihre Bürgschaft für ungültig. Nach den alten Römischen Gesetzen muß ein Erbe schlechterdings alle Schulden des Erblassers bezahlen. Justinian aber giebt ihm das beneficium inventarii; wenn er über die Erbschaft ein Inventarium machen läßt: so bezahlt er nur so weit, als die Erbschaft anreicht. Diese Verordnungen sind also beneficia legis.

Man bemerke: 1) die beneficia legis sind von den Privilegien darin unterschieden, daß sie allen Unterthanen, oder doch einer gewissen Classe derselben zustehen; da im Gegentheil die Privilegien nur bestimmten Individuen ertheilt sind. Die privilegia muß man bey dem Landesherrn besonders erlangen, die beneficia legis sind schon in den Gesetzen enthalten, und man braucht nicht darum nachzusuchen. Die beneficia legis werden auch allgemein promulgirt, die Privilegien gewöhnlich nicht.

2) Die beneficia legis sind a) entweder *generalia* oder *specialia*. Generalia kommen allen Unterthanen, die sich in einem gewissen Falle befinden, zu gut, z. E. das beneficium inventarii; ferner ordinis und divisionis, wovon unten (§. 843. 844.) gehandelt wird. Die specialia oder iura singularia in der engern und eigentlichen Bedeutung, sind nur einer gewissen Classe der Unterthanen vortheilhaft, z. E. das beneficium SCti Velleiani nur den Weibspersonen.

3) Man theilt aber auch b) diese Rechtswohlthaten in reelle und persönliche ein. Privilegia quaedam causae sunt, sagt Modestinus (*[2]) quaedam personae. Die persönlichen kommen der Person allein zu gut, der die Gesetze sie ertheilt haben (*[3]), die reellen kommen auch den Erben und Bürgen zu statten; sie können auch von dem Privilegirten einem Andern abgetreten werden (cedi possunt). Eine persönliche Rechtswohlthat ist z. E.

Steuern entrichten; das Privilegium sagt, diese Person, diese Sache sollen steuerfrey seyn, und in soweit stimmt unser Redegebrauch mit dem Römischen überein. Allein nach dem unsrigen wird ferner 2) erfordert, daß die Verordnung, die ein privilegium heißen soll, dem Privilegirten vortheilhaft und angenehm sey. Wenn jemand in einem Lande, wo die Todesstrafen abgeschafft sind, wegen besonderer Umstände am Leben gestraft wird: so sagen wir nicht, daß er ein Privilegium erhalten habe. In der alten lateinischen Sprache hingegen nennt man eine solche unangenehme, nachtheilige Verordnung auch privilegium. Endlich 3) nennt man auch heutiges Tages nur diejenigen Verordnungen privilegia, welche auf mehrere Fälle gehen, d. i. dem Privilegirten nicht allein in einem, sondern in mehreren ähnlichen Fällen nützlich sind. Man nennt es also kein privilegium, wenn z. E. einer die Erlaubniß erhält, eine nahe Verwandtin zu heyrathen, die er nach den Gesetzen nicht heyrathen dürfte. Denn diese Erlaubniß geht nur auf den einzigen Fall.

Eine unmittelbare Folge aus dem Begriffe des Privilegiums ist: die Privilegien sind nicht zur Folge, zum Beyspiel zu ziehen (privilegia non sunt trahenda ad exemplum). Wenn der Landesherr mir ein Privilegium giebt, so kann sich ein Anderer nicht darauf berufen, gesetzt auch, daß er sich mit mir in gleichem Falle befindet, sondern er muß den Landesherrn um die Ertheilung des *privilegii* bitten.

Anmerkung. Nimmt man das Wort privilegium in der modernen, eingeschränkteren Bedeutung, so sind von den Privilegien die *constitutiones personales* unterschieden. Diese gehen auf einen einzelnen Fall, das Privilegium auf mehrere. Man theilt sie in günstige (constitutiones *favorabiles*) und ungünstige (*odiosas*) ein. Unter den ungünstigen versteht man eine Sentenz des Landesherrn, wodurch einem eine härtere Strafe dictirt wird, als in den Gesetzen bestimmt ist; si quam poenam irrogavit princeps, heißt es im Text, §. 6. h. t.; wenn z. E. jemand vom Landesherrn zum Rade verurtheilt wird, der nach den Gesetzen nur das Schwerdt verdient hätte **). Die günstigen sind entweder *dispensationes*, oder *abolitiones*, oder *adgratiationes*. Im Texte am a. O. werden sie unter den Worten: si princeps cui sine exemplo subvenit, verstanden. Wenn nemlich jemand eine in den gemeinen Rechten verbotene Handlung vornehmen will, und zuvor vom Landesherrn die Erlaubniß dazu erhält: so heißt dieselbe eine Dispensation. Z. E. jemand will sich trauen lassen ohne Proclamation, die doch in den gemeinen Rechten vorgeschrieben ist; er erhält vom Landesherrn Erlaubniß dazu. Diese heißt (freylich nicht in gutem Latein) *dispensatio*: Hingegen wenn jemand beschuldigt wird, eine gesetzwidrige Handlung schon begangen zu haben, und vom

auch mir und meinen Erben überhaupt, ein Privilegium, z. E. die Steuerfreyheit eines Hauses ertheilt, so ist es kein reelles; denn sobald das Haus an einen Besitzer kommt, welcher kein Erbe von mir ist, so verliert es die Freyheit. Einige (*1) nennen die Privilegien, welche einem für sich und seine Erben ertheilt sind, *privilegia ex realibus et personalibus mixta*, aber unschicklich. Ein solches Privilegium ist eigentlich ein Inbegriff mehrerer persönlicher Privilegien; reell ist es gar nicht.

(1) *Frid. Es. Pufendorf* de privileg. cap. 1. §. 150. —— Man kann auch die Privilegien abtheilen in gratiosa – bloße Gnadenverleihungen, und conventionalia, die vermöge eines vorausgegangenen Vertrages zur Erfüllung desselben ertheilt werden. Die letztern sind nun entweder onerosa oder lucrativa, je nachdem der Vertrag den Privilegirten zu gewissen Gegenleistungen verbindet oder nicht. W.

§. 50. Wer kann Privilegien ertheilen, und können sie wiederrufen werden?

Die Privilegien sind Verordnungen, wodurch jemand von dem gemeinen Recht befreyet, dieses also wirklich aufgehoben wird. Nun kann niemand Gesetze aufheben als der Landesherr; daher kann auch 1) niemand, als er Privilegien ertheilen. 2) Die Magistratspersonen, Beamten, Regierungen, Canzleyen ꝛc. ꝛc. sind dazu nicht befugt, wenn ihnen der Landesherr nicht ausdrücklich dieses Recht ertheilt hat (*1).

In wie weit kann aber der Landesherr ein ertheiltes privilegium wiederrufen? Es giebt Juristen, welche ihm dieses Recht schlechterdings, und wieder andere, welche es ihm nur bey privilegiis gratiosis zusprechen. Allein nach der richtigern Meynung ist ein Landesherr so wenig befugt, privilegia (sie mögen gratiosa oder onerosa seyn) zu wiederrufen, als andere gültige Verträge umzustoßen. Denn ein privilegium ist ein Vertrag mit dem Privilegirten. Ausnahmen dieser Regel sind: 1) wenn das privilegium mit dem ausdrücklichen Vorbehalt, es wiederrufen zu können (ad beneplacitum, per modum precarii) ertheilt ist. 2) Wenn das privilegium mit dem Wohl des Staates streitet; wenn z. E. eine vermöge des privilegii angelegte Glashütte so viel Holz verbraucht, daß ein drückender Mangel zu befürchten ist. Daß ein jedes privilegium gratiosum wiederruflich sey, läßt sich mit Grund nicht behaupten, denn es ist eine Schenkung; diese aber kann ohne hinlängliche Ursache eben so wenig revocirt werden, als ein anderer Vertrag (*2).

(1) Man sehe Strube's Unterricht von Regierungs- und Justizsachen, §. 8.

(2) *Ziegler* de iur. maiest. lib. 1. cap. 12. §. 13. [illegible] Sp. 50. med. 10. Sp. 51. cor. 3. *Idem* de assentat. ICtor, cap. 3. se[illegible] 35. in meditat. ad. Pand. Vol. 13. [illegible]. 136. *Wernher* Part. 6. obs. 377. [illegible] Es. *Pufendorf* de privileg. cap. 1. §. 114. *Gebauer* diss. singularia de privilegiis, §. 20. in opusc. Tom. 1. p. 326. Strube am a. O. §. 28. Ebenders. in den rechtl. Bed. 2. Band, 80. Bed.

§. 51. 52. Von den Edicten der Magistratspersonen.

Wir haben die vier Gattungen des geschriebenen Rechts kennen gelernt, und gehen nun zu dem ungeschriebenen über. Dahin gehören zuerst die *edicta magistratuum*.

Man bemerke: 1) das Wort magistratus bedeutet bald eine Person, bald ein Amt. Es bedeutet nemlich a) eine Person, die unter öffentlicher Autorität bestellt ist, außer dem Senate gewisse Staatsgeschäfte zu besorgen, einen Staatsbedienten, eine obrigkeitliche Person. Ich sage ausser dem Senate. Denn der Senat besorgte auch Staatsgeschäfte (§. 39.); aber senator und magistratus sind sehr verschieden. Oft wird auch b) das Amt, vermöge dessen Jemand öffentliche Geschäfte zu besorgen hat, magistratus genannt. Alle Magistratspersonen regierten übrigens der Regel nach nur ein Jahr lang.

2) So wie unsre Beamten, Canzleyen, Rentkammern rc. in Amtssachen Befehle bekannt machen, so thaten es auch die Römischen magistratus, und diese heißen *edicta*. Der Prätor z. E. gab Befehle in Jurisdictionssachen, der Aedilis oder Policeydirector in Policeysachen, u. s. w.

3) Diese edicta waren entweder *ordinaria*, *s. annua*, *s. generalia*, oder *extraordinaria*, *s. specialia*. Die annua schlug der magistratus bey dem Antritt seines Amtes schriftlich an, und machte darin bekannt, wie er während seines Amtsjahres die für ihn gehörigen Geschäfte behandeln und entscheiden wollte. Die extraordinaria publicirte er während seiner Amtsführung über besondere Fälle.

4) Edicte beyder Gattung haben die praetores, aediles curules oder Policeydirectoren und die Gouverneurs der Provinzen (proconsules) publicirt; die übrigen Magistratspersonen gaben nur extraordinaria. Die Edicte des Prätors heißen urbana oder praetoria; des Policeydirectors aedilitia; der Gouverneurs in den Provinzen, provincialia, proconsularia.

5) Die magistratus, besonders die Prätoren, brachten manche neue Rechtssätze in ihre Edicte. Diese heißen *ius honorarium*. Also ius honorarium ist das durch die Edicte der Magistratspersonen eingeführte Recht. Der Name kommt daher, weil die Magistratspersonen öffentliche Aemter bekleideten, und diese Aemter honores heißen (*[1]).

6) Obgleich die magistratus keine Gesetzgeber waren, und das Recht also nicht hatten, etwas neues in ihren Edicten zu verordnen, so maßten sie sich dennoch dessen an (*[2]). Sie erklärten (adjuvabant) das Römische Recht, wo es dunkel war; corrigirten es, wo es hart und unbillig schien, und supplirten es, wo es Lücken hatte. Viele ihrer neuen Rechtssätze be-

kamen nach und nach durch die stillschweigende Einwilligung des Volks rechtliche Autorität, wurden als ein ius non scriptum respectiret.

7) Daher nennt Justinian die Prätoren Gesetzgeber, und daher kommen in unserm corpore iuris noch die Erfindungen der Prätoren und Aedilen vor, actiones praetoriae et aedilitiae, restitutiones in integrum, bonorum possessiones, von denen wir unten an den gehörigen Orten Nachricht erhalten werden (§. 1091. §. 1001. und f. f. §. 655. und f. f.).

8) Als Hadrian das edictum perpetuum verfertigen ließ, wurde das ius honorarium in ein geschriebenes Recht verwandelt.

(1) §. 7. I. h. t.

(2) Daß die Prätoren sich mehr angemaßt haben, als ihnen vermöge ihres Amtes zukam, ist, soviel ich einsehe, ganz offenbar. Denn Gesetze zu machen, waren sie nicht autorisirt, und doch machten sie dergleichen. Man kann sie aber freylich darum noch nicht für meineydige Betrüger erklären; denn das Volk wußte von ihrer Anmassung, und tolerirte sie. Will man sagen, aus dieser Toleranz entstand ein Gewohnheitsrecht, so habe ich auch nichts dagegen. Der Streit, den Heineccius und Korte über diese Sache geführt haben, scheint mir größtentheils Logomachie.

§. 53. Vom beständigen Edicte.

Kayser Hadrian nemlich gab Befehl, daß man die Edicte der Prätoren sammeln, das vorzüglichste daraus excerpiren und in Ordnung bringen sollte. Der Rechtsgelehrte, der zu diesem Geschäfte erwählt wurde, war Salvius Julianus, ein Mann von Gelehrsamkeit und großem Ruhme. Als die Sammlung fertig war, ließ sie der Kayser unter dem Namen edictum perpetuum im Jahr Christi 131. als ein Gesetzbuch promulgiren, und befahl, daß sich in Zukunft alle Magistrate darnach richten sollten. Keiner durfte nun noch edicta annua machen; nur extraordinaria edicta, insoweit sie dem edicto perpetuo nicht widersprachen, war ihnen zu geben erlaubt (*1).

Wir besitzen von diesem beständigen Edicte nur Bruchstücke, die hier und da in den Pandecten zerstreuet sind. Hoffmann (*2) hat diese Fragmente zusammen drucken lassen. Heineccius wollte sie mit einem Commentar erläutern, hat aber das Werk nicht vollendet. Was davon fertig geworden ist, steht in seinen opusculis posthumis (*3).

Dodwell (*4) behauptet mit andern, zu Hadrians Zeiten sey auch unter öffentlicher Autorität eine Sammlung von Edicten der Aedilen, oder ein edictum perpetuum aedilitium verfertigt worden; aber dieß ist schlechterdings nicht zu erweisen.

In den Pandecten kommen drey Edicte der Aedilen vor. Das erste sagt: Niemand soll in seinem Hause ein reissendes Thier nahe an die Strasse legen, daß die Vorbeygehenden angefallen und beschädigt werden können (*5).

Das zweyte: wer eine Sache verkauft, welche heimliche Fehler hat, soll sie zurücknehmen, wenn sie dem Käufer ganz unbrauchbar ist; und einen Theil des Kaufschillings zurückgeben, wenn die Sache zwar brauchbar ist, aber doch ihr Werth durch die geheimen Mängel vermindert wird (*6). Das dritte: wer meinen Sklaven ohne meine Erlaubniß castriret, soll mir dessen vierfachen Werth bezahlen (*7).

(1) *Zepernick* ad *Skcam.* de iudic. centumvir. p. 375.

(2) Histor. iur. vol. 2. p. 305. seqq. Diese Fragmente zeigen auch, daß das beständige Edict keine bloße Proceßordnung war, wie einige sagen.

(3) Pag. 1–640. Eine meisterhafte Abhandlung über die Versuche, das prätorische Edict herzustellen, von Herrn Oberhofgerichtsassessor Haubold, s. in Hugo's civilist. Magazin, 2. Band, 14. Stück. — — Ueberhaupt ist aber mit diesem und den beiden vorhergehenden §§. noch zu vergleichen Hugo's Rechtsgeschichte §. 133. sqq. und 209. sqq. wo gegen die hier vorgetragenen Sätze, die man bisher fast allgemein als historisch richtig angenommen hat, besonders was das edictum perpetuum anbetrifft, noch wichtige Zweifel vorgetragen werden. W.

(4) *Heinr. Dodwell.* praelection. Camdenian. Praelect. 9. §. VII. pag. 349. Dieses in Deutschland ziemlich seltne Buch enthält Vorlesungen über Spartians Lebensbeschreibung K. Hadrians, die voll historischer und antiquarischer Gelehrsamkeit sind.

(5) L. 40. 41. 42. D. de Aedilit. edict.

(6) L. 1. §. 1. D. eod.

(7) L. 27. §. 28. D. ad L. Aquil. Eberh. Otto hat diese Stelle in einer eignen Abhandlung erläutert, die in *Oelrichs* collect. diss. histor. antiquario iuridicarum in acad. germ. habitar. num. 5. steht. Ueber die Edicte der Aedilen überhaupt s. *Ioh. Christ. Gottl. Heineccii* florum sparsio ad edictum Aedilitium. Hal. 1738.

§. 54. Von den Gutachten der Rechtsgelehrten.

Die zweyte Gattung des nicht geschriebenen Rechts sind die responsa prudentum, oder richtiger zu reden, die **Lehrsätze der Rechtsgelehrten.** Die alten Römischen Gesetze, besonders die Gesetze der zwölf Tafeln waren dunkel, wenn gleich nicht für die Zeitgenossen, doch für die Nachkommen. Daher fanden sich Leute, die sie zu erklären, und ihre richtige Anwendung zu zeigen bemüht waren. Sie hießen *prudentes, iuris prudentes, iuris consulti*, ertheilten den Bürgern rechtliche Gutachten (responsa), und erläuterten die Gesetze durch Schriften. Sowohl in den Gutachten, als in ihren Schriften stellten sie manchen neuen Rechtssatz auf. Ob sie nun gleich keine Gesetzgeber waren, so wurden doch viele ihrer Meynungen in den Gerichten angenommen, und galten als Gewohnheitsrechte. Endlich erhielten sie die Autorität geschriebener Gesetze, als nemlich Justinian aus den Schriften der Juristen die Pandecten sammeln ließ, und diesen gesetzliches Ansehen ertheilte.

kamen nach und nach durch die stillschweigende Einwilligung des Volks recht-liche Autorität, wurden als ein ius non scriptum respectiret.

7) Daher nennt Justinian die Prätoren Gesetzgeber, und daher kommen in unserm corpore iuris noch die Erfindungen der Prätoren und Aedilen vor, actiones praetoriae et aedilitiae, restitutiones in integrum, honorum possessiones, von denen wir unten an den gehörigen Orten Nachricht erhalten werden (§. 1091. §. 1001. und f. f. §. 655. und f. f.).

8) Als Hadrian das edictum perpetuum verfertigen ließ, wurde das ius honorarium in ein geschriebenes Recht verwandelt.

(1) §. 7. I. h. t.

(2) Daß die Prätoren sich mehr angemaßt haben, als ihnen vermöge ihres Amtes zukam, ist, soviel ich einsehe, ganz offenbar. Denn Gesetze zu machen, waren sie nicht autorisirt, und doch machten sie dergleichen. Man kann sie aber freylich darum noch nicht für meineydige Betrüger erklären; denn das Volk wußte von ihrer Anmassung, und tolerirte sie. Will man sagen, aus dieser Toleranz entstand ein Gewohnheitsrecht, so habe ich auch nichts dagegen. Der Streit, den Heineccius und Korte über diese Sache geführt haben, scheint mir größtentheils Logomachie.

§. 53. Vom beständigen Edicte.

Kayser Hadrian nemlich gab Befehl, daß man die Edicte der Prätoren sammeln, das vorzüglichste daraus excerpiren und in Ordnung bringen sollte. Der Rechtsgelehrte, der zu diesem Geschäfte erwählt wurde, war Salvius Julianus, ein Mann von Gelehrsamkeit und großem Ruhme. Als die Sammlung fertig war, ließ sie der Kayser unter dem Namen edictum perpetuum im Jahr Christi 131. als ein Gesetzbuch promulgiren, und befahl, daß sich in Zukunft alle Magistrate darnach richten sollten. Keiner durfte nun noch edicta annua machen; nur extraordinaria edicta, insoweit sie dem edicto perpetuo nicht widersprachen, war ihnen zu geben erlaubt (*1).

Wir besitzen von diesem beständigen Edicte nur Bruchstücke, die hier und da in den Pandecten zerstreuet sind. Hoffmann (*2) hat diese Fragmente zusammen drucken lassen. Heineccius wollte sie mit einem Commentar erläutern, hat aber das Werk nicht vollendet. Was davon fertig geworden ist, steht in seinen opusculis posthumis (*3).

Dodwell (*4) behauptet mit andern, zu Hadrians Zeiten sey auch unter öffentlicher Autorität eine Sammlung von Edicten der Aedilen, oder ein edictum perpetuum aedilitium verfertigt worden; aber dieß ist schlechterdings nicht zu erweisen.

In den Pandecten kommen drey Edicte der Aedilen vor. Das erste sagt: Niemand soll in seinem Hause ein reissendes Thier nahe an die Strasse legen, daß die Vorbeygehenden angefallen und beschädigt werden können (*5).

Das zweyte: wer eine Sache verkauft, welche heimliche Fehler hat, soll sie zurücknehmen, wenn sie dem Käufer ganz unbrauchbar ist; und einen Theil des Kaufschillings zurückgeben, wenn die Sache zwar brauchbar ist, aber doch ihr Werth durch die geheimen Mängel vermindert wird (*6). Das dritte: wer meinen Sklaven ohne meine Erlaubniß castriret, soll mir dessen vierfachen Werth bezahlen (*7).

(1) *Zepernick* ad *Sckam*. de iudic. centumvir. p. 375.

(2) Histor. iur. vol. 2. p. 305. seqq. Diese Fragmente zeigen auch, daß das beständige Edict keine bloße Proceßordnung war, wie einige sagen.

(3) Pag. 1–640. Eine meisterhafte Abhandlung über die Versuche, das prätorische Edict herzustellen, von Herrn Oberhofgerichtsassessor Haubold, s. in Hugo's civilist. Magazin, 2. Band, 14. Stück. — — Ueberhaupt ist aber mit diesem und den beiden vorhergehenden §§. noch zu vergleichen Hugo's Rechtsgeschichte §. 133. sqq. und 209. sqq. wo gegen die hier vorgetragenen Sätze, die man bisher fast allgemein als historisch richtig angenommen hat, besonders was das edictum perpetuum anbetrifft, noch wichtige Zweifel vorgetragen werden. W.

(4) *Heinr. Dodwell.* praelection. Camdenian. Praelect. 9. §. VII. pag. 349. Dieses in Deutschland ziemlich seltne Buch enthält Vorlesungen über Spartians Lebensbeschreibung K. Hadrians, die voll historischer und antiquarischer Gelehrsamkeit sind.

(5) L. 40. 41. 42. D. de Aedilit. edict.

(6) L. 1. §. 1. D. eod.

(7) L. 27. §. 28. D. ad L. Aquil. Eberh. Otto hat diese Stelle in einer eignen Abhandlung erläutert, die in *Oelrichs* collect. diss. histor. antiquario iuridicarum in acad. germ. habitar. num. 5. steht. Ueber die Edicte der Aedilen überhaupt s. *Ioh. Christ. Gottl. Heineccii* florum sparsio ad edictum Aedilitium. Hal. 1738.

§. 54. Von den Gutachten der Rechtsgelehrten.

Die zweyte Gattung des nicht geschriebenen Rechts sind die responsa prudentum, oder richtiger zu reden, die Lehrsätze der Rechtsgelehrten. Die alten Römischen Gesetze, besonders die Gesetze der zwölf Tafeln waren dunkel, wenn gleich nicht für die Zeitgenossen, doch für die Nachkommen. Daher fanden sich Leute, die sie zu erklären, und ihre richtige Anwendung zu zeigen bemüht waren. Sie hießen *prudentes, iuris prudentes, iuris consulti*, ertheilten den Bürgern rechtliche Gutachten (responsa), und erläuterten die Gesetze durch Schriften. Sowohl in den Gutachten, als in ihren Schriften stellten sie manchen neuen Rechtssatz auf. Ob sie nun gleich keine Gesetzgeber waren, so wurden doch viele ihrer Meynungen in den Gerichten angenommen, und galten als Gewohnheitsrechte. Endlich erhielten sie die Autorität geschriebener Gesetze, als nemlich Justinian aus den Schriften der Juristen die Pandecten sammeln ließ, und diesen gesetzliches Ansehen ertheilte.

kamen nach und nach durch die stillschweigende Einwilligung des Volks rechtliche Autorität, wurden als ein ius non scriptum respectiret.

7) Daher nennt Justinian die Prätoren Gesezgeber, und daher kommen in unserm corpore iuris noch [illegible] Erfindungen der Prätoren und Aedilen vor, actiones praetoriae et aedilitiae, restitutiones in integrum, bonorum possessiones, von denen wir unten an den gehörigen Orten Nachricht erhalten werden (§. 1091. §. 1001. und f. f. §. 655. und f. f.).

8) Als Hadrian das edictum perpetuum verfertigen ließ, wurde das ius honorarium in ein geschriebenes Recht verwandelt.

(1) §. 7. I. h. t.

(2) Daß die Prätoren sich mehr angemaßt haben, als ihnen vermöge ihres Amtes zukam, ist, soviel ich einsehe, ganz offenbar. Denn Gesetze zu machen, waren sie nicht autorisirt, und doch machten sie dergleichen. Man kann sie aber freylich darum noch nicht für meineydige Betrüger erklären; denn das Volk wußte von ihrer Anmaßung, und tolerirte sie. Will man sagen, aus dieser Toleranz entstand ein Gewohnheitsrecht, so habe ich auch nichts dagegen. Der Streit, den Heineccius und Korte über diese Sache geführt haben, scheint mir größtentheils Logomachie.

§. 53. Vom beständigen Edicte.

Kayser Hadrian nemlich gab Befehl, daß man die Edicte der Prätoren sammeln, das vorzüglichste daraus excerpiren und in Ordnung bringen sollte. Der Rechtsgelehrte, der zu diesem Geschäfte erwählt wurde, war Salvius Julianus, ein Mann von Gelehrsamkeit und großem Ruhme. Als die Sammlung fertig war, ließ sie der Kayser unter dem Namen edictum perpetuum im Jahr Christi 131. als ein Gesetzbuch promulgiren, und befahl, daß sich in Zukunft alle Magistrate darnach richten sollten. Keiner durfte nun noch edicta annua machen; nur extraordinaria edicta, insoweit sie dem edicto perpetuo nicht widersprachen, war ihnen zu geben erlaubt (*1).

Wir besitzen von diesem beständigen Edicte nur Bruchstücke, die hier und da in den Pandecten zerstreuet sind. Hoffmann (*2) hat diese Fragmente zusammen drucken lassen. Heineccius wollte sie mit einem Commentar erläutern, hat aber das Werk nicht vollendet. Was davon fertig geworden ist, steht in seinen opusculis posthumis (*3).

Dodwell (*4) behauptet mit andern, zu Hadrians Zeiten sey auch unter öffentlicher Autorität eine Sammlung von Edicten der Aedilen, oder ein edictum perpetuum aedilitium verfertigt worden; aber dieß ist schlechterdings nicht zu erweisen.

In den Pandecten kommen drey Edicte der Aedilen vor. Das erste sagt: Niemand soll in seinem Hause ein reissendes Thier nahe an die Strasse legen, daß die Vorbeygehenden angefallen und beschädigt werden können (*5).

Das zweyte: wer eine Sache verkauft, welche heimliche Fehler hat, soll sie zurücknehmen, wenn sie dem Käufer ganz unbrauchbar ist; und einen Theil des Kaufschillings zurückgeben, wenn die Sache zwar brauchbar ist, aber doch ihr Werth durch die geheimen Mängel vermindert wird (*6). Das dritte: wer meinen Sklaven ohne meine Erlaubniß castriret, soll mir dessen vierfachen Werth bezahlen (*7).

(1) *Zepernick* ad *Sitcam.* de iudic. centumvir. p. 375.

(2) Histor. iur. vol. 2. p. 305. seqq. Diese Fragmente zeigen auch, daß das beständige Edict keine bloße Proceßordnung war, wie einige sagen.

(3) Pag. 1–640. Eine meisterhafte Abhandlung über die Versuche, das prätorische Edict herzustellen, von Herrn Oberhofgerichtsassessor Haubold, s. in Hugo's civilist. Magazin, 2. Band, 14. Stück. — — Ueberhaupt ist aber mit diesem und den beiden vorhergehenden §§. noch zu vergleichen Hugo's Rechtsgeschichte §. 133. sqq. und 209. sqq. wo gegen die hier vorgetragenen Sätze, die man bisher fast allgemein als historisch richtig angenommen hat, besonders was das edictum perpetuum anbetrifft, noch wichtige Zweifel vorgetragen werden. W.

(4) *Heinr. Dodwell.* praelection. Camdenian. Praelect. 9. §. VII. pag. 349. Dieses in Deutschland ziemlich seltne Buch enthält Vorlesungen über Spartians Lebensbeschreibung K. Hadrians, die voll historischer und antiquarischer Gelehrsamkeit sind.

(5) L. 40. 41. 42. D. de Aedilit. edict.

(6) L. 1. §. 1. D. eod.

(7) L. 27. §. 28. D. ad L. Aquil. Eberh. Otto hat diese Stelle in einer eignen Abhandlung erläutert, die in *Oelrichs* collect. diss. histor. antiquario iuridicarum in acad. germ. habitar. num. 5. steht. Ueber die Edicte der Aedilen überhaupt s. *Ioh. Christ. Gottl. Heineccii* florum sparsio ad edictum Aedilitium. Hal. 1738.

§. 54. Von den Gutachten der Rechtsgelehrten.

Die zweyte Gattung des nicht geschriebenen Rechts sind die responsa prudentum, oder richtiger zu reden, die Lehrsätze der Rechtsgelehrten. Die alten Römischen Gesetze, besonders die Gesetze der zwölf Tafeln waren dunkel, wenn gleich nicht für die Zeitgenossen, doch für die Nachkommen. Daher fanden sich Leute, die sie zu erklären, und ihre richtige Anwendung zu zeigen bemüht waren. Sie hießen *prudentes, iuris prudentes, iuris consulti*, ertheilten den Bürgern rechtliche Gutachten (responsa), und erläuterten die Gesetze durch Schriften. Sowohl in den Gutachten, als in ihren Schriften stellten sie manchen neuen Rechtssatz auf. Ob sie nun gleich keine Gesetzgeber waren, so wurden doch viele ihrer Meynungen in den Gerichten angenommen, und galten als Gewohnheitsrechte. Endlich erhielten sie die Autorität geschriebener Gesetze, als nemlich Justinian aus den Schriften der Juristen die Pandecten sammeln ließ, und diesen gesetzliches Ansehen ertheilte.

Anmerkung. Zu den Zeiten der freyen Republik konnte jeder Bürger, welcher Wissenschaft und Reputation hatte, rechtliche Gutachten ertheilen. August gab einigen Juristen das Recht, in seinem Namen Gutachten zu ertheilen, Gutachten, die gewissermassen gesetzliches Ansehen hatten, weil die Gerichte die Sache nicht anders entscheiden durften, als der Jurist in seinem Gutachten für recht erkannt hatte (*1). Die übrigen Juristen respondirten nach wie vor, ihre Gutachten hatten aber jenes große Ansehen nicht (*2).

1) Dieß will man aus der L. 2. §. 47. D. de orig. iur. und §. 8. I. h. t. beweisen. Es lassen sich aber viele Gründe dagegen anführen. S. *Walch.* ad *Hopp.* d. §. 8. und Hugo Lehrbuch der Rechtsgeschichte. §. 218. — — Vorzüglich bemerkenswerth ist aber hier die Verordnung der Kaiser Theodos und Valentinian III. L. 1. C. Theodos. de respons. prudent. (I. 4.) worin den Gutachten und Meynungen verschiedener Rechtsgelehrten gesetzliche Autorität beygelegt, zugleich aber die Richter angewiesen werden, in Fällen, wo diese Rechtsgelehrten von einander abweichen, diejenige Meynung, welcher die mehrsten beypflichten, und bey einer gleichen Anzahl auf beyden Seiten, diejenige vorzuziehen, welche der berühmte Papinian vertheidigte. Nach der Meynung verschiedener Ausleger bezieht sich die Stelle der Institutionen §. 8. h. t. auf die eben erwähnte Verordnung. *Iacob Gothofred* commentar. ad L. 1. C. Theod. cit. vergl. jedoch *Ritter* in not. ibid. W.

2) *Gebauer* Excurs. ad Instit. 1. pag. 166. sqq.

§. 55. Erfindungen der Rechtsgelehrten.

Die Rechtsgelehrten sind die Erfinder vieler Rechtssätze und Lehren, die in unserm Gesetzbuche vorkommen (*2). Sie haben die legitimam patronorum tutelam erfunden. Die Gesetze der zwölf Tafeln nemlich sagten: über einen Unmündigen sollen die nächsten Agnaten Vormünder seyn. Wenn ich nun einen Sklaven frey ließ, so hieß ich Patron des Freygelassenen, und wurde als dessen Vater und nächster Agnat angesehen. Daher behaupteten die Juristen, ich müßte auch dessen Vormund werden, wenn er noch unmündig sey (§. 81. §. 193.). Die Juristen sind auch die Erfinder der *querelae inofficiosi*. Ein Vater konnte nach altem Römischen Recht seine Kinder nach Gefallen enterben. Dieß hielten die Juristen für unbillig. Sie gaben daher einem ohne Ursache enterbten Kinde den Rath, eine Klage gegen das Testament anzustellen, seinen Vater für blödsinnig anzugeben, und, statt des Beweises, sich auf das unbillige und unvernünftige Testament zu berufen. Diese Klage wurde querela inofficiosi genannt (§. 534.). Ferner haben die Rechtsgelehrten viele *actiones utiles* erfunden. Eine Klage heißt *actio directa*, wenn sie in den ausdrücklichen Worten des Gesetzes gegründet, *utilis*, wenn sie aus dem Gesetze durch eine Schlußfolge hergeleitet ist (S. unten §. 1091.). Beyspiele von beyden werden in der Folge häufig vorkommen. S. z. E.

§. 229.

§. 229. §. 388. §. 389. Endlich schreiben sich auch, wie unser Autor sagt, die legis actiones und actus legitimi von den Juristen her.

(1) Hugo Rechtsgesch. §. 135.

§. 56. Was sind legis actiones und actus legitimi.

Der wahre Begriff dieser beyden Dinge und ihr Unterschied ist nichts weniger als ausgemacht. Die von den meisten neueren Rechtsgelehrten angenommene Meynung ist folgende: *legis actiones* waren Proceßformeln. Man konnte bey den Römern keine Klage, Exception, Replik, u. s. w. im Gericht nicht mit beliebigen Worten vorbringen; sondern alles, was im Proceß vorzutragen war, mußte schlechterdings in einem gewissen bestimmten Formular vorgetragen werden, und dieses Formular hieß legis actio. Wer sich des rechten Formulars nicht bediente, etwas darin ausließ oder veränderte, verlohr den Proceß. *Actus legitimus* hingegen war, nach der gemeinen Sage, ein feyerliches Geschäft außer dem Proceß. Wer irgend ein Geschäft von Wichtigkeit vornehmen, z. E. einen Sklaven frey lassen, jemand an Kindesstatt annehmen, ein Kind aus seiner väterlichen Gewalt entlassen wollte ꝛc., der mußte es mit gewissen Formeln und Feyerlichkeiten thun: und eine solche Handlung soll dann actus legitimus geheißen haben.

Von diesen actibus legitimis heißt es insgemein, sie hätten keine Zeit, keine Bedingung, keinen Bevollmächtigten zugelassen. Nemlich man habe 1) keinen actum legitimum auf eine gewisse Zeit schließen, keinen Sklaven z. E. auf eine gewisse Zeit frey lassen, keinen Menschen auf gewisse Zeit zum Kinde annehmen können. 2) Man habe auch einen actum legitimum nicht so eingehen können, daß er erst nach einer gewissen Zeit gelten sollte; z. E. einen jetzt an Kindesstatt annehmen, aber so, daß er erst nach Verlauf eines Jahres mein Sohn seyn sollte. 3) Habe ein actus legitimus unbedingt geschlossen werden müssen. Es gieng, z. E. sagt man, nicht an, jemand unter einer Bedingung zu adoptiren, mein Kind unter einer Bedingung meiner Gewalt zu entlassen. Endlich 4) habe man einen actum legitimum nicht durch einen Bevollmächtigten verrichten lassen können, man habe ihn schlechterdings in eigner Person thun müssen.

Dieß ist die gemeine Lehre. In einer dem Buche angehängten Abhandlung aber glaube ich erwiesen zu haben:

1) Daß legis actio nicht blos Proceßformeln, sondern auch feyerliche von der Obrigkeit vorgenommene Geschäfte bedeutet;

2) Daß zwar die Römer bey manchen Handlungen Formeln und Feyerlichkeiten erforderten, allein daß diese Handlungen nicht ausschließungsweise actus legitimi hießen, sondern, daß dieses Wort überhaupt ein juristisches Geschäft bedeutet;

Anmerkung. Zu den Zeiten der freyen Republik konnte jeder Bürger, welcher Wissenschaft und Reputation hatte, rechtliche Gutachten ertheilen. August gab einigen Juristen das Recht, in seinem Namen Gutachten zu ertheilen, Gutachten, die gewissermassen gesetzliches Ansehen hatten, weil die Gerichte die Sache nicht anders entscheiden durften, als der Jurist in seinem Gutachten für recht erkannt hatte (*1). Die übrigen Juristen respondirten nach wie vor, ihre Gutachten hatten aber jenes große Ansehen nicht (*2).

1) Dieß will man aus der L. 2. §. 47. D. de orig. iur. und §. 8. I. h. t. beweisen. Es lassen sich aber viele Gründe dagegen anführen. S. *Walch.* ad *Hopp.* d. §. 8. und Hugo Lehrbuch der Rechtsgeschichte. §. 218. — — Vorzüglich bemerkenswerth ist aber hier die Verordnung der Kaiser Theodos und Valentinian III. L. 1. C. Theodos. de respons. prudent. (l. 4.) worin den Gutachten und Meynungen verschiedener Rechtsgelehrten gesetzliche Autorität beygelegt, zugleich aber die Richter angewiesen werden, in Fällen, wo diese Rechtsgelehrten von einander abweichen, diejenige Meynung, welcher die mehrsten beypflichten, und bey einer gleichen Anzahl auf beyden Seiten, diejenige vorzuziehen, welche der berühmte Papinian vertheidigte. Nach der Meynung verschiedener Ausleger bezieht sich die Stelle der Institutionen §. 8. h. t. auf die eben erwähnte Verordnung. *Iacob Gothofred* commentar. ad L. 1. C. Theod. cit. vergl. jedoch *Ritter* in not. ibid. W.

2) *Gebauer* Excurs. ad Instit. 1. pag. 166. sqq.

§. 55. Erfindungen der Rechtsgelehrten.

Die Rechtsgelehrten sind die Erfinder vieler Rechtssätze und Lehren, die in unserm Gesetzbuche vorkommen (*1). Sie haben die legitimam patronorum tutelam erfunden. Die Gesetze der zwölf Tafeln nemlich sagten: über einen Unmündigen sollen die nächsten Agnaten Vormünder seyn. Wenn ich nun einen Sklaven frey ließ, so hieß ich Patron des Freygelassenen, und wurde als dessen Vater und nächster Agnat angesehen. Daher behaupteten die Juristen, ich müßte auch dessen Vormund werden, wenn er noch unmündig sey (§. 81. §. 193.). Die Juristen sind auch die Erfinder der *querelae inofficiosi.* Ein Vater konnte nach altem Römischen Recht seine Kinder nach Gefallen enterben. Dieß hielten die Juristen für unbillig. Sie gaben daher einem ohne Ursache enterbten Kinde den Rath, eine Klage gegen das Testament anzustellen, seinen Vater für blödsinnig anzugeben, und, statt des Beweises, sich auf das unbillige und unvernünftige Testament zu berufen. Diese Klage wurde querela inofficiosi genannt (§. 534.). Ferner haben die Rechtsgelehrten viele *actiones utiles* erfunden. Eine Klage heißt *actio directa*, wenn sie in den ausdrücklichen Worten des Gesetzes gegründet, *utilis*, wenn sie aus dem Gesetze durch eine Schlußfolge hergeleitet ist (S. unten §. 1091.). Beyspiele von beyden werden in der Folge häufig vorkommen. S. z. E. §. 229.

Alten, wo von einem Centumviralgericht die Rede ist, immer eine Erbschaftssache der Gegenstand.

(2) Ohne hinlänglichen Grund läugnet *Vinn.* ad §. 9. I. h. t. n. 7. daß die res iudicatae einen Theil des Römischen Rechts ausgemacht hätten.

(3) Pomponius in der L. 2. §. 5. D. de orig. iur. sagt: his legibus (XII. tabularum) latis coepit, ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem, necessariamque *disputationem fori*. Haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus, propria parte aliqua non adpellatur (hat keinen eignen Namen), ut caeterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus caeteris partibus: sed communi nomine adpellatur ius civile. Was er mit der disputatione fori meyne, ist sehr bestritten, obgleich wenig an der Sache gelegen ist. Unser A. in antiquit iur. h. t. §. 35. mit andern versteht Disputationen der alten Rechtsgelehrten darunter, die sie bey Zusammenkünften über zweifelhafte Rechtsfragen gehalten hätten, und Meynungen, welche nach einer solchen vorausgegangenen Disputation gemeinschaftlich angenommen worden wären. Andere, als *Bach* histor. iurisprud. rom. lib. 2. cap. 2. sect. 5. §. 1. glauben, daß 1) die in den Gerichten über Rechtsfragen geführte Streitigkeiten darunter zu verstehen seyen, und daß man 2) auch selbst das aus den rebus iudicatis entstandene Recht disputationem fori genannt habe, vergl. *I. A. Hellfeld* prop. de disput. fori, in opuscul. iur. civ. n. 2. C. A. *Günther* hist. iur. rom. §. 119. und das. angef. DD. Ich kann und will nicht entscheiden, wer Recht habe. Soviel ist indessen wohl gewiß, es läßt sich aus den alten Schriftstellern nicht beweisen, daß die Römischen Juristen zusammen gekommen sind, um zweifelhafte Rechtsfragen durch eine Disputation zu entscheiden, und daß eine nach einer solchen Dispüte verglichene Meynung gesetzliches Ansehen gehabt habe. Ich habe daher auch die disputationem fori unter den Gattungen des Rechts ganz weggelassen.

(4) *Forner.* rer. quotid. lib. 5. cap. 3 apud *Otton* in thesaur. Tom. 2. pag. 258. *I. Gothofr. Richter* diss. de moribus maiorum, antiquissimo iuris rom. fonte Lips. 1744.

§. 58. Theorie des Gewohnheitsrechtes.

In diesem Abschnitte kommen noch einige allgemeine Bemerkungen über das Gewohnheitsrecht vor, die in der Praxis von Wichtigkeit sind. 1) Eine Gewohnheit ist eine beständige Beobachtung einer Regel in freyen Handlungen. Wer seine freyen Handlungen immer nach einer gewissen Regel thut, z. E. alle Morgen um 6 Uhr aufsteht, alle Abend um 10 Uhr zu Bette geht, der hat eine Gewohnheit.

2) Die Gewohnheiten sind von zweyerley Art. Man glaubt entweder, daß man verbunden sey, sie zu beobachten (z. E. alle Einwohner eines Orts nehmen Zeugen zu ihren Eheverlöbnissen, weil sie glauben, daß es nöthig sey) oder nicht. Im ersten Falle heißt die Gewohnheit eine juristische, oder wie Andere sagen, *consuetudo obligatoria*; im letzten eine nicht juristische Gewohnheit (*consuetudo libera*). Von der ersten Art ist die Gewohnheit bey

3) Daß die Regel: ein feyerliches Geschäft kann nicht mit Beyfügung einer Zeit oder Bedingung, und nicht durch Vollmacht geschlossen werden, falsch ist; und daß, wenn gewisse Handlungen bey den Römern die Beyfügung einer Zeit oder Bedingung nicht vertrugen, oder auch schlechterdings in eigener Person geschehen mußten, der Grund nicht darin, daß sie feyerliche Handlungen waren, sondern in der eignen Natur des Geschäftes zu suchen ist.

Das ist gewiß, daß wir heutigestages keine solche Proceßformeln mehr haben, wie die Römer. Man hat Formulare zu Klagschriften, Exceptionshandlungen, Citationen, Bescheide rc. rc. Allein weder Richter, noch Partheyen sind so streng daran gebunden, als der Römer an seine Formeln. Eben so wenig haben wir die Formeln und Feyerlichkeiten, welche die Römer bey gewissen Geschäften außer dem Processe brauchten und beobachteten.

§. 57. Was sind res iudicatae und mores maiorum.

Zu dem iure non scripto gehören drittens die res iudicatae. Der Prätor hatte in Rom die Jurisdiction. Er hatte aber 105 Beysitzer, deren aus jeder der 35 Curien, -- tribus -- worin Rom abgetheilt war, drey genommen wurden, die daher nach der runden Zahl centumviri hießen, und denen er die wichtigsten Processe zu entscheiden übertrug (*1). Wenn nun in den Centumviralgerichten eine Rechtsfrage mehrmal vorgekommen, und allezeit auf einerley Art entschieden worden war: so entstand aus diesen gleichförmigen Urtheilssprüchen eine Art von Gewohnheitsrecht, ein Gerichtsbrauch, eine Praxis (*2). Durch diesen Gerichtsbrauch ist, wie die erste Note sagt, das alte harte Römische Recht oft gemildert, und der Billigkeit näher gebracht; oft sind auch die Meynungen der Juristen durch den Gerichtsbrauch bestätiget worden. Z. E. die Juristen hatten die querelam inofficiosi erdacht (§. 55.), der Gerichtsbrauch nahm sie an, und machte sie geltend (*3).

Die letzte Gattung des nicht geschriebenen Rechtes sind die *mores maiorum*. In allgemeiner Bedeutung sind alle nicht geschriebenen Rechte mores maiorum (§. 34.). 1) Man kann das ius honorarium, das ius ex responsis prudentum und ex rebus iudicatis, mores maiorum heißen. Allein in eigentlichem Verstande sind mores maiorum Gebräuche, die zu keiner der vorigen, eben benannten, Rechtsgattungen gerechnet werden können, die aber doch von Alters her im Römischen Staate galten. Z. E. wenn die Consuln nicht in Rom zugegen waren, so vicarirte der Prätor für sie; nur gewisse Magistratus konnten den Senat zusammenberufen; Weibspersonen konnten keine öffentlichen Aemter bekleiden; Schenkungen unter den Ehegatten waren verbothen rc. rc. Dieß alles gründete sich auf mores maiorum (*4).

(1) Nach der bekannten Stelle von Cicero de orat. I. 38. konnten die Centumviri über vielerley Gegenstände sprechen. Allein gleichwohl ist in allen Stellen der

ohne Unterschied, und berufen sich auf L. 34. D. de legibus (*9). Andere sagen, es sey nur erforderlich, wenn die Gewohnheit den geschriebenen Gesetzen zuwider ist (*10). Noch Andere aber, welchen ich beypflichte, halten die Vorschrift der L. 34. cit. für einen bloßen Rath; sie glauben, es sey gut, wenn man gerichtliche Actus anführen könne, weil es den Beweis sehr erleichtere, aber nicht nothwendig (*11).

4) Woher bekommt die Gewohnheit gesetzliches Ansehen? Von der Billigung des Gesetzgebers. Wenn ein Gesetzgeber ausdrücklich sagte: dieser Satz soll als ein Gesetz gelten, so wäre freylich eine lex scripta vorhanden. Wenn hingegen a) der Gesetzgeber ausdrücklich erklärt, daß wohlhergebrachte ehrbare Sitten und Gewohnheiten gültig seyn, und die Gerichte darauf sprechen sollen, — vermöge welcher allgemeinen Verordnung es denn auch nicht mehr nöthig ist, daß jede einzelne Gewohnheit zur besondern Wissenschaft des Landesherrn gekommen seyn müsse — oder b) der Landesherr weiß, daß eine gewisse juristische Gewohnheit in seinem Staate beobachtet wird, und sie nicht verwirft, also sie stillschweigend billigt, oder auch endlich c) wenn der Gesetzgeber nur überhaupt weiß, daß in seinem Staate Gewohnheiten beobachtet, und die Unterthanen darnach beurtheilt werden, dieß aber nicht verbietet, und die Gewohnheiten durch diese allgemeine stillschweigende Einwilligung billiget, so erhalten sie gesetzliches Ansehen, werden leges non scriptae (*12).

5) Da ein Gewohnheitsrecht sich eben so wohl auf den Willen des Gesetzgebers gründet, als ein geschriebenes Gesetz; so folgt, daß es auch gleiches Ansehen mit diesem hat, und daraus fließt dann weiter der Satz: durch die Gewohnheit kann ein geschriebenes Gesetz ganz oder zum Theil aufgehoben werden, eben so gut, als durch ein neues geschriebenes Gesetz ein älteres aufgehoben werden kann (*13). L. 2. Cod. quae sit longa consuetud. (VIII. 53.) (*14) scheint zwar das Gegentheil zu verordnen, aber es scheint auch nur so. Denn es ist dort nicht die Frage, ob ein älteres Gesetz durch eine neuere Gewohnheit aufgehoben werden könne, sondern ob man eine alte Gewohnheit durch ein neues geschriebenes Gesetz abschaffen könne, und das letztere wird bejahet (*15).

(1) *Menoch* de arbitrar. iud. quaest. lib 2. Cent. 1. Cas. 81. n. 4 *Vinnius* ad §. 9. I. h. t *Gail*. lib. 2. obs 31. *Menken* Gymnas polem. p. 46. thes. 4 *Voet*. comment. ad pand. tit. de leg. n. 29. *Gundlingiana* part 7. obs. 3. §. 17 *Kemmerich*. diss. de probat. consuetud. et observant. p. 64. Glück's Pandecten, B. 1. Tit. 3. § 86. S. 445. Man kann also nicht behaupten, daß zwey Actus zum Beweis einer Gewohnheit in allen Fällen hinreichen. *Reinharth* ad *Christ*. IV. 65. Strube rechtl. Bedenken 1. Theil 309. Seite.

(2) *Gail* und *Mencken* am a. O. *Coccei* ius controv. tit. de leg. Qu. 2. *Kemme-*

Eheverlöbnissen; von der letzten Art sind die eben angeführten Gewohnheiten des Aufstehens und Niederlegens. Die juristische wird entweder vom Gesetzgeber gebilliget oder nicht. Ist sie gebilliget, so heißt sie eine legale oder gesetzliche Gewohnheit, ein Gewohnheitsrecht; und dann ist sie weiter entweder *permissiva* (nach Andern *privativa*), wenn vermöge der Gewohnheit eine Handlung geschehen darf; oder *praeceptiva* (*dispositiva*, wie Andere sagen), wenn die Handlung geschehen muß. So wäre es z. E. eine consuetudo permissiva, wenn an einem Orte hergebracht wäre, daß ein Testament vor fünf Zeugen gemacht werden dürfte. Eine praeceptiva ist an einigen Orten in Deutschland, vermöge der, welcher in einer Wand Fenster nach des Nachbars Hof oder Garten machen will, sie so hoch machen muß, daß einer, der auf dem Boden des Zimmers steht, nicht hinaussehen kann.

3) Was wird erfordert, wenn man behaupten will, daß eine gesetzliche Gewohnheit, ein Gewohnheitsrecht vorhanden sey? Die Gesetze erfordern a) mehrere *actus;* das, was für ein Gewohnheitsrecht ausgegeben wird, muß mehrmal geschehen seyn. Mehrmal? Wie oft aber? Da die Gesetze die Zahl der Handlungen nicht genauer bestimmen, so ist dieß dem Ermessen des Richters überlassen, er muß nach den Umständen beurtheilen, ob etwas so oft geschehen sey, daß man daraus eine Gewohnheit schließen könne (*1). b) Einen gewissen Zeitverlauf. Die Regel muß lange beobachtet worden seyn, wenn man eine Gewohnheit behaupten will. Aber auch hier bestimmen die Gesetze nichts genau, sondern überlassen die Bestimmung dem vernünftigen Ermessen des Richters (*2). Einige behaupten, man müsse auf die Verjährungszeit sehen, aber ohne Grund (*3). c) Die Actus müssen gleichförmig (homogenei) das heißt, so beschaffen seyn, daß sich aus allen die behauptete Gewohnheit herleiten läßt (*4), und d) in der Meynung unternommen, daß es so seyn müsse (*actus opinione iuris sive necessitatis suscepti*). Wenn man z. E. mehrmal die Wittwen aus gutem Willen, Mitleid, Liebe rc. zur Erbschaft gelassen hat, so entstehet daraus keine legale Gewohnheit, vermöge deren sie die Succession prätendiren können (*5). e) Die Actus müssen nicht unterbrochen seyn. Wenn einigemal der Satz befolgt, zu andern Zeiten aber nicht befolgt worden ist: so läßt sich keine Gewohnheit annehmen (*6). f) Die Gewohnheit muß nicht unvernünftig seyn, das heißt, der gesunden Vernunft und dem Wohl des Staats nicht widersprechen, wie z. E. die alte Gewohnheit in Erfurt, daß keiner in den Rath kam, welcher Peter hieß (*7). Hurerey, Ehebruch, Diebstahl und andere Laster mögen so sehr und so lang im Schwange gehen, als sie wollen, so entsteht daraus nie eine gesetzliche Gewohnheit (*8). Ist es aber wohl g) auch nöthig, daß die Gewohnheit im Gericht bestätiget worden sey? Verschiedene behaupten dieß

ohne Unterschied, und berufen sich auf L. 34. D. de legibus (*9). Andere sagen, es sey nur erforderlich, wenn die Gewohnheit den geschriebenen Gesetzen zuwider ist (*10). Noch Andere aber, welchen ich beypflichte, halten die Vorschrift der L. 34. cit. für einen bloßen Rath; sie glauben, es sey gut, wenn man gerichtliche Actus anführen könne, weil es den Beweis sehr erleichtere, aber nicht nothwendig (*11).

4) Woher bekommt die Gewohnheit gesetzliches Ansehen? Von der Billigung des Gesetzgebers. Wenn ein Gesetzgeber ausdrücklich sagte: dieser Satz soll als ein Gesetz gelten, so wäre freylich eine lex scripta vorhanden. Wenn hingegen a) der Gesetzgeber ausdrücklich erklärt, daß wohlhergebrachte ehrbare Sitten und Gewohnheiten gültig seyn, und die Gerichte darauf sprechen sollen, — vermöge welcher allgemeinen Verordnung es denn auch nicht mehr nöthig ist, daß jede einzelne Gewohnheit zur besondern Wissenschaft des Landesherrn gekommen seyn müsse — oder b) der Landesherr weiß, daß eine gewisse juristische Gewohnheit in seinem Staate beobachtet wird, und sie nicht verwirft, also sie stillschweigend billigt, oder auch endlich c) wenn der Gesetzgeber nur überhaupt weiß, daß in seinem Staate Gewohnheiten beobachtet, und die Unterthanen darnach beurtheilt werden, dieß aber nicht verbietet, und die Gewohnheiten durch diese allgemeine stillschweigende Einwilligung billiget, so erhalten sie gesetzliches Ansehen, werden leges non *scriptae* (*12).

5) Da ein Gewohnheitsrecht sich eben so wohl auf den Willen des Gesetzgebers gründet, als ein geschriebenes Gesetz; so folgt, daß es auch gleiches Ansehen mit diesem hat, und daraus fließt dann weiter der Satz: durch die Gewohnheit kann ein geschriebenes Gesetz ganz oder zum Theil aufgehoben werden, eben so gut, als durch ein neues geschriebenes Gesetz ein älteres aufgehoben werden kann (*13). L. 2. Cod. quae sit longa consuetud. (VIII. 53.) (*14) scheint zwar das Gegentheil zu verordnen, aber es scheint auch nur so. Denn es ist dort nicht die Frage, ob ein älteres Gesetz durch eine neuere Gewohnheit aufgehoben werden könne, sondern ob man eine alte Gewohnheit durch ein neues geschriebenes Gesetz abschaffen könne, und das letztere wird bejahet (*15).

(1) *Menoch* de arbitrar. iud. quaest. lib 2. Cent. 1. Cas. 81. n. 4 *Vinnius* ad §. 9. I. h. t *Gail*. lib. 2. obs 31. *Menken* Gymnas polem. p. 46. thes. 4. *Voet*. comment. ad pand. tit. de leg. n. 29. *Gundlingiana* part 7. obs. 3. §. 17 *Kemmerich*. diss. de probat. consuetud. et observant. p. 64. Glücks Pandecten, B 1. Tit. 3. § 86. S. 445. Man kann also nicht behaupten, daß zwey Actus zum Beweis einer Gewohnheit in allen Fällen hinreichen. *Reinharth* ad *Christ*. IV. 65. Strube rechtl. Bedenken 1. Theil 309. Seite.

(2) *Gail* und *Mencken* am a. O. *Coccei* ius controv. tit. de leg. Qu. 2. *Kemme-*

rich p. 79. *Cramer* observ. Tom. 3. obs. 848. §. 16. *Reinharth* l. c. Glück am a. O. 451. u. f. f. S.

(3) *Hochstetter* diss. de praescriptione consuetudinis Stuttgard 1777. Meurers juristische Abhandlungen und Beobachtungen. S. 157. u. f. Glück a. a. O. vergl. die folgende Note 9.

(4) *Wernher* Tom. 1. Part. 5. Obs. 135. p. 1057. Strube 2. Th. 223. Seite.

(5) *Ludolf* symph. Vol. I. cons. 44. p. 1335. *Boehmer* I. E. P. Lib. I. Tit. 4. §. 44. Cramer Nebenst. part. 12. p. 100. Strube 303. Seite. Glück am a. O. 448. Seite.

(6) Es ist also möglich, daß ein einziger conträrer actus die angebliche Gewohnheit widerlegt.

(7) *Leyser* spec. 9. med. 4. Strube am a. O. 55. Seite. *Pufendorf* tom. I. obs. 43. § 6. obs. 198. *Wiesand* opusc. p. 1. sqq. *Müller* ad *Leyser* tom. I. obs. 32. Dieß wollen die deutschen Sprüchwörter sagen: Hundert Jahre unrecht ist keine Stunde recht. Misbrauch ist keine Gewohnheit. Eisenhard Grundsätze des deutschen Rechts in Sprüchwörtern, S. 21. u. f. Beyspiele von unvernünftigen Gewohnheiten s. in der Halsgerichtsordnung Carls V. Art. 20. und 218. Ein anderes Beyspiel führt *Wernher* an: sel. obs. for. Tom. 1. Part. 4. Obs. 92.

(8) Wer sich auf eine Gewohnheit beruft, muß beweisen, daß die vorgedachten Erfordernisse vorhanden sind. Nur das braucht er nicht zu erweisen, (e) daß die Actus nicht unterbrochen worden, und (f) daß die Gewohnheit vernünftig sey. Sein Gegner muß das Gegentheil zeigen. Glück a. a. O. §. 87.

(9) *Hofacker* diss. de iure consuetudinis, (Tubing 1774.) cap. 2. §. 38. seqq. Meurer am a. O. S. 125 u. f. Die Worte der L. 34. sind: cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur: primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto (oder wie andere lesen) contradicta, (S. *Gundlingian.* Part. 7. p. 156.) aliquando iudicio firmata sit. Glück am a. O. 459. S. — — Der angeführte Meurer ist überhaupt der Meynung, daß zum Beweise eines vorhandenen Gewohnheitsrechts unumgänglich erforderlich sey zu zeigen, 1) daß ein gewisser Rechtssatz über Menschen Denken hinaus immer beobachtet, und 2) in den Gerichten wirklich darnach gesprochen sey, indem sich sonst das Hauptrequisit aller Gewohnheitsrechte – die opinio necessitatis – mit der Wirkung einer verbindenden Kraft für alle übrigen Mitglieder des Staats, oder einer Commune, nicht füglich würde darthun lassen. Diese Behauptung verdient allerdings mehrere Aufmerksamkeit. Auch in der neuesten Schrift über diese Lehre: J. N. K. Guillaume Theoret prakt. Abh. der Rechtslehre v. d. Gewohnheit 2te Ausg. Osnabrück 1802. ist darauf keine Rücksicht genommen W.

(10) *Berger* oec. iur. lib. 1. tit. 1. thes 19. *Wernher* sel. obs. for. tom. 2. P. 9. obs. 193. *Kemmerrich* diss cit. sect. 2. § 12. p. 77. *Leyser* sp. 9. m. 10.

(11) *Gail.* lib 2. obs. 31. n 8. *Mascard* de probat. conclus 427. *Christinaeus* vol. 4. decis. 187. n 7. 8. *Mevius* ad ius Lubecense, praelim. quaest. 7. n. 19. *Cramer* tom. 3. obs. 847. §. 10. *Frid. Es. Pufendorf* de privileg. cap. 1. §. 29. *Staudinger* diss. de consuetudine contradicto iudicio firmata §. 7. seqq. *Boehmer* decis. et consult. vol. 2. arg. 868. n. 37. arg. 869. n. 15. 16. *Müller* ad *Leyser* obs. 37. et 39.

(12) Gerh. von dem Bussh diss. de consuetudine, unde et quando vim legis obtineat, §. 26. seqq. pag. 49. seqq. welcher überhaupt die Materie vorzüglich gut abhandelt. Anders erklärt die Einwilligung des Gesetzgebers Franc. Car. Conradi diss. de consuetudine legem haud vincente, §. 6. p. 21. seqq. S. auch Glück am a. O. 437. u. f. f. S.

(13) Doch behaupten viele Juristen, nicht ohne Grund, daß in diesem Falle die Gewohnheit nicht anders gelte, als wenn sie zur Wissenschaft des Landesherrn gekommen sey; Andere erfordern, daß er die dem Gesetz zuwider unternommene Handlungen bestätigt habe. Man s. Kemmerich diss. cit. sect. 2 §. 11.

(14) Es heißt daselbst: consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo *sui valitura momento*, ut aut rationem vincat aut legem.

(15) *Averan.* interpret. libr. 2. cap. 1. *Hugo Donell.* comment. iur. civ. Lib. 1. cap. 10. fine *Noodt* ad pand tit. de legib. *Ayrer* progr. de consuetudine legem vincente Goett. 1764. — — Die Worte des angeführten Gesetzes: *sui momento* zeigen deutlich, daß hier nur soviel gesagt werden solle: Gewohnheiten an sich betrachtet und als solche könnten keine größere Kraft haben als Gesetze überhaupt. Die nachherige Gewohnheit hebt aber ein älteres Recht auf, nicht *sui momento* bloß als Gewohnheit, sondern, weil sie als ein neueres Recht dem ältern vorgeht. Die Gesetze gelten übrigens durch ihre Vorschrift selbst, nicht erst durch den Gebrauch, der davon gemacht wird; daher mit der consuetudo contraria, wovon hier die Rede ist, nicht verwechselt werden darf: der bloße Nichtgebrauch eines Gesetzes, welcher an sich noch keinen zureichenden Grund für die Aufhebung desselben enthält. Glück Erläuter. d. Pandekten Th. 1. § 93 fin. *Christ. Guil. Schweizer* de desuetudine libellus singularis. Lips. 1801. W.

§. 59. Heutiger Gebrauch der bisher vorgetragenen Lehren.

1) Wir haben in Deutschland keine Demokratien, wo die Gesetze in solchen Versammlungen, wie im Römischen Staate gemacht, und wo Versammlungen des ganzen Volks von Versammlungen der Plebejer unterschieden werden. Also der Unterschied unter legibus centuriatis und plebiscitis fällt weg. 2) In Reichsstädten sowohl, als in Landstädten sind collegia, der Stadtrath, die mit dem Römischen Senate, wenn man etwas Großes mit etwas Kleinem vergleichen darf, Aehnlichkeit haben. In den Reichsstädten, auch zuweilen in den Landstädten, haben sie das Recht, Verordnungen zu machen. Will man diese senatusconsulta nennen, so haben wir diese Gattung von Gesetzen; gewöhnlich aber ist diese Benennung nicht. 3) Die constitutiones principum, welche im Römischen Rechte vorkommen, giebt es auch heutigestags. Doch haben die Worte mandata, rescripta, decreta oft andere Bedeutungen, als bey den Römern. Unter den Mandaten versteht man oftmals allgemeine landesherrliche Verordnungen, unter den Rescripten oft auch solche Befehle, die der Landesherr an seine Collegien und Beamten aus eigenem Antrieb erläßt, unter einem Decret die Ertheilung eines öffent-

lichen Amtes. Decreta principis im Verstande der Römer kommen selten vor, da unsere Landesherren nicht leicht in eigner Person Processe entscheiden. Wenn auch gleich die Sentenzen im Namen des Landesherrn publicirt werden, wie dieß an manchen Gerichten üblich ist, so hat doch eine solche Sentenz in ähnlichen Fällen kein gesetzliches Ansehen (*1). Die landesherrlichen Rescripte hingegen haben die Kraft allgemeiner Gesetze in den Fällen, wo sie es nach Römischem Recht haben (§. 47.). 4) Unsere Obrigkeiten geben zwar Befehle in Amtssachen, aber sie haben nicht die Befugniß, neue Rechtssätze darin aufzustellen. 5) Die Meynungen angesehener Rechtsgelehrten haben grosses Gewicht. Mevius, Carpzov, Lauterbach, Leyser, und andere werden beynahe wie Gesetzgeber respectirt, welches freylich nicht seyn sollte (*2). 6) Was die Autorität der Praxis oder des Gerichtsbrauches, der *praejudiciorum*, wie man auch spricht, betrifft: so wollen ihr einige Juristen gesetzliche Kraft beylegen (*3); andere sprechen ihr alles Ansehen ab (*4); noch andere aber machen einen Unterschied, und behaupten, daß die Praxis offenbaren Irrthümern zwar kein gesetzliches Ansehen geben könne, daß hingegen in zweifelhaften Rechtsfragen vorerst die *praeiudicia* des Gerichts, wo der Proceß hängt, sodann aber die allgemeine Praxis als ein Gewohnheitsrecht zu beobachten sind (*5). 7) Auch *mores maiorum*, Gewohnheiten, sowohl allgemeine deutsche (*5), als besondere in einzelnen Ländern, Städten und Dörfern, haben wir, die so gut als geschriebene Gesetze gelten.

(1) *Reinharth* ad *Christin.* Vol. I. Obs. 1. *Emminghaus* ad *Coccei* p. 66. not. w. in fin.

(2) Vormals ist darüber gestritten worden, ob die *communis opinio* gesetzliches Ansehen habe. S. *Nebelkrae* decis. 1. welches Buch (es ist zu Gießen 1617. in 4. gedruckt), seiner gründlichen Ausführungen wegen bekannter zu seyn verdient, als es ist. Besonders ist auch noch hiebey nachzusehen Glück Erläut. der Pand. 2. Th. §. 33.

(3) *Brunnemann* ad L. 23. D. LL.

(4) *Gribner* diss. de observantiis collegior. iuridicor. §. 7. in opusc. T. 4. p. 52.

(5) L. 38. de leg. sagt: rerum *perpetuo* similiter iudicatarum auctoritas habe vim legis. Warum soll aus Handlungen der Privatpersonen ein Gewohnheitsrecht entstehen können, und aus den Urtheilssprüchen der Richter nicht? *Leyser* spec. 9. med. 5. 6. *Reinharth* ad *Christin.* vol. I. obs. 3. Strube rechtl. Bed. I. Th. 63. 64. *Müller* ad *Leyser* Tom. I. Fascic. 1. Obs. 33. Es ist freylich mit dieser Praxis etwas gar schwankendes. Wenn der eine Jurist behauptet, diese Meynung sey in der Praxis angenommen, so sagt oft ein anderer eben dieses von der entgegengesetzten, oder bezweifelt wenigstens die Allgemeinheit des von Jenem behaupteten Gerichtsbrauches. Man wird zuverlässig nicht sehr viele Sätze aufweisen können, von welchen alle Juristen einmüthig

müthig bezeugen, daß sie in der Praxis angenommen seyen. Ja wenn auch eine lange Zeit durch, alle Juristen dieß gesagt haben, nun aber nur ein einziger Rechtsgelehrter von Ansehen auftritt, und sagt: dieser Satz war zwar bisher in der Praxis angenommen, die Praxis aber ist irrig, gesetzwidrig, unvernünftig: so ist es um die Praxis gethan, oder sie wird wenigstens zweifelhaft. Nicht leicht wird z. B. ein Richter, welcher die neuern Schriften über die Proceßkosten gelesen hat, noch jetzt die Kosten in allen Fällen compensiren, wo vormals die Compensation gewöhnlich war. Viele Lehren, die man blos auf den Gerichtsbrauch gründen will, lassen sich auf festere Fundamente stützen. Indessen ist doch der Gerichtsbrauch in einigen Materien so constant und so fest gegründet, daß es Niemand wagen wird, sich dagegen aufzulehnen, und in einem vorkommenden Falle das Gegentheil des angenommenen Satzes zu vertheidigen. Es ist z. B. noch sehr zweifelhaft, ob nach Römischem Recht eine Weibsperson dem Vellejanischen Rathsschlusse entsagen kann; wer wird aber als Richter wagen, die Entsagung für ungültig zu erklären, da der unbezweifelte Gerichtsbrauch sie für gültig hält? Nach dem Römischen Recht kann aus einem Eheverlöbniß nicht geklagt werden; ob das Canonische Recht eine Klage gestatte, ist zweifelhaft; (§. 109.) indessen läßt sie der uniforme deutsche Gerichtsbrauch zu, und der Richter, welcher sie verwerfen wollte, würde Unrecht haben. Noch ein Beyspiel s. man §. 878. Anmerk. 3.

(6) Vergl. jedoch über die Frage: in wie fern sich allgemeine Gewohnheitsrechte in Deutschland behaupten lassen? Hufeland in den Beyträgen zu den posit. Rechtswissenschaften I. 1. welcher sehr einleuchtend zeigt, daß es mit dieser Behauptung noch sehr mißlich sey. Was aber besonders die Praxis, den Gerichtsbrauch, und die sogenannten praeiudicia, d. h. vorgekommene Entscheidungen der Gerichte und Rechtscollegien anbetrifft, so sind diese doch in der That bloß factisch; sie zeigen uns, was geschehen und erkannt ist; daraus folgt aber noch nicht, daß es geschehen, und daß wirklich so erkannt werden sollte. Man darf unter andern nur L. 13. C. *de sentent. et interlocut. iud.* nachlesen, um sich vom Gegentheil zu überzeugen. Die neueste und beste Schrift über die ganze Materie ist E. A. Hauß, Versuch über den rechtlichen Werth des Gerichtsbrauchs, sowohl an den deutschen Territorial-, als höchsten Reichsgerichten. Erlangen 1798. Einige gute Bemerkungen über die Sache findet man auch bey Westphal in den Rechtsgutachten und Erkenntn. des bürgerl. Rechts nach Ordn. der Pandect. Tit. de legib. etc. i. 3. W.

§. 60. Von drey Rechtsgegenständen.

Wie viel Rechtsgegenstände (*objecta iuris*) es gebe, ist unter den Rechtslehrern streitig. Der Streit ist aber im Grunde nichts als Logomachie (7). Justinian giebt deren drey an: *personas*, *res*, *actiones*, und dabey kann man gar füglich bleiben. Denn alle Rechte, welche einem Menschen zustehen, beziehen sich entweder a) zunächst auf seinen persönlichen Zustand; oder b) auf äusserliche Dinge, die wir zur Nothdurft, zur Bequemlichkeit oder zum Vergnügen gebrauchen, und auf Handlungen, durch welche wir Rechte oder Verbindlichkeiten erhalten. Jene machen das *ius personarum*, diese das *ius rerum* aus. Man hat aber im Staate noch ein gewisses Mittel nöthig,

wodurch man seine Ansprüche verfolgt und geltend macht, die Vorstellung unsers Rechts bey dem Richter; dieß heißt Klage, *actio*. Folglich giebt es drey Rechtsgegenstände, personas, res, actiones. Im ersten Buche der Institutionen wird von den Personen, im zweyten, dritten und den ersten fünf Titeln des vierten Buchs von Sachen, und im sechsten und folgenden Titeln dieses Buchs von Actionen gehandelt.

(1) *Huber* digress. L. 4. C. 1. — — Vorzüglich kommt es, wenn vom ius personarum, rerum, actionum die Rede ist, auf die Bedeutung an, in welcher das Wort ius genommen wird. Viele nehmen es mit dem Verfasser pro facultate und suchen darnach die Begriffe zu bestimmen, welches freylich manche Schwierigkeiten mit sich führt, sobald genau angegeben werden soll, welche Rechte eigentlich ins ius personarum und welche ins ius rerum etc. gehören. Wenn es aber §. 12. I. h. t. nach allen bisher angeführten verschiedenen Rechtsquellen heißt: omne ius, *quo utimur*, vel ad personas pertinet etc. ferner: parum est ius nosse, si personae, quarum causa *constitutum est*, *ignorantur*, so zeigt sich wohl deutlich genug, daß hier ius obiective d. i. pro lege sumtum verstanden werde. Ius personarum wäre also der Inbegriff von Rechtsnormen, welche das Subject von Rechten und Verbindlichkeiten und die Rechtsfähigkeit überhaupt bestimmen. Ius rerum betrift die verschiedenen Objecte der Rechte und Verbindlichkeiten — res in sensu latissimo — imgleichen die Rechte und Verbindlichkeiten selbst, welche in Ansehung dieser Gegenstände Statt finden. Ius actionum zeigt die Mittel und Wege, wie man im Staate Rechte und Verbindlichkeiten, mit Hülfe der zu diesem Zweck angeordneten Gerichte verfolgen kann. Man vergleiche hiebey Glück Erläuterung der Pandecten Th. 2. §. 111. *C. G. Hübner* de iuris civilis obiectis. Lips. 1798. Thibaut Versuche über die Theor. des Rechts. II. 1. W.

TIT. III.

DE IURE PERSONARUM.

§. 61. Begriff des Menschen und der Person.

Dieser Abschnitt enthält zwey Definitionen und einen Folgesatz aus der zweyten. Die erste Definition heißt: *homo* est, cuicumque mens ratione praedita in corpore humano contingit. Also zu einem Menschen gehört ein menschlicher Körper, und eine Seele, die der Vernunft fähig ist. Wird ein lebendes Geschöpf, das kein Mensch ist, von einem Weibe gebohren, so heißt es *monstrum* und hat die Rechte des Menschen, z. E. das Erbrecht, nicht. Ob aber ein Körper menschlich sey, und ob ihn eine der Vernunft fähige Seele bewohne, ist hauptsächlich aus dem Kopfe zu beurtheilen (*). Ist dieser menschlich, und hat Gehirn, so macht Mißgestalt der übrigen Glieder die Geburt nicht zum Monstrum, sondern man nimmt mit Grund an, daß in diesem Körper eine vernunftfähige Seele wohne. Ist hingegen der

Kopf nicht wie ein menschlicher gebildet, sondern z. E. wie ein Pferdekopf, oder, welcher Fall nicht zu den seltensten gehört, der Kopf hat keinen Schedel, kein Gehirn (partus acephalus), so ist die Leibesfrucht nicht als Mensch anzusehen, hat nicht die Menschenrechte, wenn auch alles übrige menschliche Gestalt hätte.

Daraus folgt dann weiter, daß Blödsinnige und Rasende die Rechte der Menschen haben, wenn nur ihr Kopf menschlich gestaltet ist. Denn sobald dieses ist, so wird angenommen, daß ihre Seele der Vernunft fähig sey, ob sie gleich den Gebrauch der Vernunft nicht haben.

Die zweyte Definition ist: persona est homo statu civili praeditus. Folglich heißt nur der Mensch eine Person, welcher einen bürgerlichen Zustand, welcher Rechte im Römischen Staate hat.

Da die Persönlichkeit eines Menschen von seinem Zustande, und folglich von seinen Rechten abhängt: so sieht man zuweilen mehrere Menschen, weil sie einerley Rechte, einerley Zustand haben, als Eine Person an, und nennt sie eine moralische Person. Eine moralische Person besteht also aus mehreren physischen Personen. Z. E. eine Dorfgemeinde ist eine moralische Person, weil alle einzelne Gemeindeglieder, als Gemeindeglieder betrachtet, einerley Rechte haben. Weil aber auch derselbe Mensch verschiedene Zustände haben, d. i. in verschiedener Rücksicht bald diese, bald andere Rechte haben kann: so kann Ein Mensch zwey und mehrere Personen vorstellen. Z. E. der Kayser stellt eine andere Person als Kayser, eine andere als Erzherzog von Oesterreich vor. Wer das Bürgerrecht in zwey Städten hat, ist eine doppelte Person rc. Mehrere Beyspiele giebt Hert (*2).

(1) Ein Gesetz haben wir freylich nicht, das dieses vorschreibt, allein die Natur der Sache lehrt es. Man hat doch kein Kennzeichen, woraus man mit mehr Sicherheit beurtheilen könnte, ob eine Geburt eine vernunftfähige Seele habe, als die Gestalt des Kopfes; denn daß es vernünftige Menschen giebt, bey welchen Hände, Füße und andere Theile mißgestaltet sind, ist bekannt genug. Daß es aber jemals einen vernünftigen Menschen mit einem Thierkopfe gegeben habe, davon wird man kein Beyspiel aufzeigen können. Es ist noch nicht einmal erwiesen, daß jemals eine Frau ein Kind mit einem völlig thierischen Kopfe, oder ganz ohne Kopf gebohren hat. Glück's Pandecten 2 Th. § 114

(2) *Hert.* diss de uno homine plures sustinente personas, in opusc. Vol. 1. Part. 3. n. 3. S. auch *Hommel* rhapsod. Vol. 1. Obs. 285.

§. 62. Begriff des Zustandes.

Person ist ein Mensch, welcher einen bürgerlichen Zustand besitzt. Was ist also Zustand, was ist bürgerlicher Zustand? Zustand heißt bey den Rechtsgelehrten eine Eigenschaft von bestimmter Art (*1), vermöge deren ein Mensch gewisse Rechte hat. Also 1) eine Eigenschaft gehört zu dem Zustande; diese mag nun innerlich oder äusserlich, vorübergehend oder

beständig seyn; 2) eine solche, aus welcher Rechte entstehen. Andere Eigenschaften kommen bey den Juristen nicht in Betrachtung. Z. E. Minderjährigkeit, Krankheit, Blödsinn, Freyheit sind Eigenschaften, woraus gewisse Rechte fließen. Der Kranke hat in einigen Fällen andere Rechte, als der Gesunde; der Blödsinnige andere, als der Vernünftige; der freye Mensch hat Rechte, welche dem Sklaven fehlen. Alle diese Eigenschaften machen also einen juristischen Zustaud aus.

Dieser Zustand ist aber zweyerley, entweder natürlicher, oder bürgerlicher (Man sehe die Tabelle VI. a.). **Natürlicher Zustand** (*status naturalis*) heißt hier eine natürliche, innerliche, physische Eigenschaft, aus welcher Rechte entstehen; **bürgerlicher** (*status civilis*) eine äusserliche, moralische Eigenschaft, ein Verhältniß, welches Rechte nach sich zieht. Z. E. Krankheit, Blödsinn, Minderjährigkeit, weibliches oder männliches Geschlecht gehören zum natürlichen Zustande. Denn diese Eigenschaften liegen in dem Menschen, sind physisch. Hingegen daß ich ein freyer Mensch, ein pater familias, ein filius familias, ein Bürger, ein Fremder bin, dieß sind blos äusserliche Eigenschaften, Verhältnisse. Sie gehören also zum bürgerlichen Zustande.

Betrachtet man die Menschen im natürlichen Zustande: so sind sie 1) entweder schon gebohrne, oder **Embryonen**, d. i. empfangen, aber noch nicht gebohren. Die Embryonen haben in gewißer Maaße schon die Rechte der Menschen. Sie können schon Rechte erwerben; z. E. zum Erben eingesetzt werden: bey einer Erbtheilung muß dem ungebohrnen Kinde, das, wenn es zur Welt kommt, Miterbe ist, sein Erbtheil ausgesetzt werden. Sie werden überhaupt als schon gebohren angesehen, wenn ihnen dieses vortheilhaft ist (*2).

2) Entweder **Manns- oder Weibspersonen**. Die Rechte der letztern gehen in manchen Stücken von den Rechten der erstern ab. Z. E. Weibspersonen gelangen zu keinen öffentlichen Aemtern, auch nicht zur Vormundschaft, ausser über ihre Kinder und Enkel; können sich nicht verbürgen; in Testamenten nicht Zeugen seyn; erben nicht in Lehen und Stammgütern; sie haben keine väterliche Gewalt über ihre Kinder; können der Regel nach nicht adoptiren; ihre unehelichen Kinder erben von ihnen meistens eben so wie ihre ehelichen rc. (*3). Die Mannspersonen sind entweder zum Kinderzeugen fähig oder wegen Mangel an den Geburtstheilen unfähig. Die letzten heißen **Spadonen** in allgemeinem Verstande, und sind entweder **Castraten**, **Verschnittene**, oder **Spadonen** in eigentlicher Bedeutung. Spado heißt nemlich in engerem Sinne des Worts ein Mensch, der von Natur einen Mangel an den Zeugungstheilen hat; Castrat oder Verschnittener, der sie verlohren

hat (§. 146.). Ein Castrat kann weder eine Ehe eingehen, noch Kinder adoptiren (§. 111. §. 146.).

3) Entweder Gesunde oder Kranke. Kranke sind z. E. entschuldigt, wenn sie einen gerichtlichen Termin versäumen, wenn sie zur Vormundschaft bestellt werden; man verschont sie mit Folter und Leibesstrafen (*4).

4) Entweder mit den fünf Sinnen begabt, oder nicht. Z. E. die Blinden und Tauben haben in vielen Stücken andere Rechte als Sehende und Hörende. Blinde können nicht Vormünder werden (§. 245.), kein Testament anders, als nach einer besondern Form machen (§. 469.), bekommen zuweilen einen Curator (§. 222.). Taubstumme werden nicht leicht mit Todesstrafen belegt. Von ihren Rechten in Ansehung der Testamente und Verträge, s. §. 245. 468. und 837.

5) Entweder vernünftig oder wahnsinnig. Die letztern können keine gültige Verträge schliessen, kein Testament machen, bekommen einen Curator ꝛc. Die Vernünftigen haben entweder den vollen Gebrauch ihres Verstandes, oder sind einfältig, stupid. Diese können zwar rechtliche Handlungen gültig vornehmen; wenn sie indessen die Einrede des Betrugs und der listigen Uebertredung zu einem Handel, woraus sie belangt werden, vorschützen, so streitet schon die Vermuthung für sie, und erleichtert den Beweis, den sie zu führen haben. Einfalt ist auch ein Grund, die Strafe wegen eines Verbrechens zu mildern (*5).

Die Wahnsinnigen werden in den Römischen Gesetzen in *furiosos* und *mente captos* eingetheilt. Mente captus oder demens, sagt man insgemein, heißt einer, welcher seinen Verstand verlohren hat, übrigens sich ruhig hält, furiosus ein Rasender. Die Römischen Gesetze aber verstehen gewöhnlich unter einem mente capto den, der seinen Verstand ohne Hoffnung der Besserung verlohren, und keine Intervallen des Blödsinnes hat; unter einem furioso hingegen einen, der zu gewissen Zeiten vernünftig ist, oder wahrscheinlich hergestellt werden kann (*6). S. unten §. 112. und 511.

6) Entweder Minderjährige oder Großjährige. Jene sind entweder mündig oder unmündig. Minderjährig nemlich (minor, minorennis), heißt ein Mensch, ehe er 25 Jahr alt ist (*7); großjährig (maior, maiorennis), wenn er das 25. Jahr zurückgelegt hat. Unmündig (impubes) ist eine Mannsperson vor vollendetem vierzehenten; eine Weibsperson vor vollendetem zwölften Jahre. Sind diese Jahre vollendet, so fängt die Mündigkeit (pubertas) an. Doch heißt sie noch zur Zeit die unvollkommene Mündigkeit *pubertas minus plena*). Die völlige (*plena*) fängt bey Weibspersonen, wenn sie 14; bey Mannspersonen, wenn sie 18 Jahre alt sind, an (*8). Man sehe unten §. 217. Die impuberes sind entweder *infantes* oder *infantiae*

maiores. Kind, *infans*, heißt der Mensch, welcher noch nicht das siebente Jahr zurückgelegt hat. Die infantia maiores werden in einigen Stellen des Römischen Gesetzbuches in *infantiae proximos* oder *pubertati proximos* eingetheilt. In welchem Jahr aber ein Mensch zuerst pubertati proximus heiße, ist zweifelhaft, und die Juristen haben mancherley Meynungen darüber (*[9]). Accursius (*[10]), dem die meisten Rechtsgelehrten (*[11]) beypflichten, sagt, man muß bey Weibspersonen den Raum vom 7ten bis zum 12ten Jahre halbiren. Wenn eine die Hälfte dieses Weges noch nicht zurückgelegt hat, das heißt noch nicht 9½ Jahr alt ist, so ist sie infantiae proxima; sind aber diese Jahre vorbey, so heißt sie pubertati proxima. Bey Mannspersonen muß man den Weg vom 7ten bis zum 14ten Jahre halbiren. Haben sie 10½ Jahr zurückgelegt, so sind sie pubertati proximi, vorher aber infantiae proximi. Diese Meynung aber ist entweder ohne allen Grund, oder doch nicht ganz richtig. Wenn die unten angeführten Gesetze sagen, ein pubertati proximus könne einen *dolum*, einen Diebstahl, eine Injurie begehen, so denken sie dabey gewiß nicht an ein Kind, das 9½ oder 10½ Jahr alt ist, sondern sie verstehen unter einem pubertati proximo einen Unmündigen, der so nahe an den Jahren der Mündigkeit ist, und so viel Ueberlegung hat, daß man ihm seine unerlaubte Handlungen zurechnen kann. Gewisse Jahre lassen sich hier nicht bestimmen, sondern der Richter muß auf die individuelle größere oder geringere Reife des Verstandes Rücksicht nehmen (*[12]). Die Stufen des Alters folgen also dergestalt aufeinander:

bey Mannspersonen:

Von der Geburt bis nach vollendetem 25. Jahr:	minor sensu lato.
— — — bis nach vollendetem 14. Jahr:	impubes.
— — — bis nach vollendetem 7. Jahr:	infans.
von 14. bis 25. — — — — —	pubes, auch minor sensu stricto und adultus.
von 14. bis 18. — — — — —	pubes minus plene.
von 18. bis 25. — — — — —	pubes plene.
von 25. — — — — —	maior.

bey Weibspersonen:

Von der Geburt bis nach vollendetem 25. Jahr:	minor sensu lato.
— — — bis nach vollendetem 12. Jahr:	impubes.
— — — bis nach vollendetem 7. Jahr:	infans.
von 12. bis 25. — — — — —	pubes, auch minor sensu stricto, und adulta.
von 12. bis 14. — — — — —	pubes minus plene.
von 14. bis 25. — — — — —	pubes plene.
von 25. — — — — —	maior (*[13]).

Die Großjährigen werden noch in alte Leute (*senes*) und junge (*iuvenes*) eingetheilt. In welchem Jahre aber das Alter anfängt, ist in den gemeinen Rechten nicht bestimmt (*14).

Der bürgerliche Zustand ist entweder Zustand der Freyheit, oder des Bürgerrechts, oder der Familie (status *libertatis, civitatis, familiae*). In Absicht auf den Zustand der Freyheit sind die Menschen entweder Freye oder Sklaven; im statu familiae entweder *homines sui iuris* oder *alieni iuris;* endlich in Rücksicht auf den statum civitatis entweder *cives* oder *peregrini.*

Noch ein Axiom steht im §., welches eine Folge aus dem Begriff einer Person ist. Wer keinen bürgerlichen Zustand hat, ist keine Person, sondern wird in die Classe der Sachen gerechnet. Dergleichen sind nach Römischem Rechte die Sklaven (servi). Sie haben keinen einzigen bürgerlichen Zustand, gar keine Rechte im Römischen Staate; daher werden sie auch nicht als Personen, sondern als Sachen (res) angesehen (*15).

Anmerkung. Bey den Römischen Juristen heißt status civilis fast immer nur dasjenige Verhältniß, das eine Verschiedenheit des gemeinen Rechts (*iuris communis*) wirkt. Daher reden sie nur von drey Civilzuständen, weil nur diese drey eine Verschiedenheit in den gemeinen Rechten nach sich ziehen. Der Freye hat andere gemeine Rechte als der Sklave; denn dieser hat gar keine bürgerlichen Rechte; der Bürger hat andere gemeine Rechte als der Fremde: der filius familias andere als der pater familias. Es giebt aber noch viele Verhältnisse, welche eine Verschiedenheit in Ansehung der besondern Rechte (iurium *particularium*) wirken, welche man denn gar wohl auch status civiles nennen kann; und die von den Römischen Juristen zuweilen wirklich mit dem Namen status belegt werden (*16).

Dergleichen ist, um von mehreren nur einige anzuführen, (1) status *existimationis.* Mein Name, Ruf, Gerücht, *fama, existimatio* heißt das Urtheil anderer Menschen von meinen moralischen Eigenschaften. Legen mir Andere moralische Vollkommenheiten bey, so habe ich einen guten Namen; schreiben sie mir hingegen moralische Unvollkommenheiten zu, so ist mein Name übel, schlecht. Ein beträchtlicher Schade, den jemand an seinem guten Namen leidet, d. i. wenn jemand einen in hohem Grade bösen Namen hat, heißt Ehrlosigkeit, Anrüchtigkeit in der alten deutschen Sprache, *infamia.* Diese ist entweder *infamia iuris* oder *facti.* Wenn die Gesetze selbst einen Menschen für ehrlos, schändlich, nichtswürdig erklären, weil er eine schändliche Handlung begangen hat, so hat er infamiam iuris. Dergleichen sind nach Römischem Recht z. E. die, welche wegen eines Stuprums, Diebstahls, Raubes, unerlaubten Wuchers, wegen Injurien, Meineydes zu einer Strafe ver-

urtheilt werden; die, welche in einem Freundescontract (§. 756.) betrüglich handeln; Advocaten, die sich quotam litis versprechen lassen (§. 737.); die Schauspieler, und andere. Ihre Wirkungen sind: sie schließt von Aemtern und Würden aus; benimmt oder vermindert wenigstens einem Zeugen seine Glaubwürdigkeit, und macht, daß die Geschwister ein Testament umstoßen können, worin sie ausgeschlossen sind, und eine ehrloße Person eingesetzt ist. Hingegen wenn jemand Handlungen begeht, die ihn in den Augen vernünftiger, wohldenkender Menschen verächtlich machen, auf die aber doch in den Gesetzen die Strafe der Ehrlosigkeit nicht gesetzt ist: so hat er infamiam facti (*17). In Deutschland haben wir, in der Lehre von der Ehrlosigkeit das Römische Recht nicht, oder wenig davon angenommen. Bey uns werden nur als gesetzlich ehrloß (infamia iuris laborans) angesehen, a) die, an welchen durch den Schinder eine Strafe exequirt, oder b) welche durch gerichtlichen Ausspruch für ehrloß erklärt worden sind (*18); c) die muthwilligen Banqueroutenrs; d) öffentliche Huren, und e) Kuppler und Kupplerinnen.

Unter den Menschen, die nicht ehrloß sind, giebt es einige, die *levis notae maculam* haben (*19). Wer sind diese? Heineccius (*20) macht es sehr wahrscheinlich, daß dahin gehören: a) Schauspielerkinder (quorum parentes artem ludicram fecerant), b) öffentliche Huren, und c) Freygelassene. Die Wirkung der levis notae macula war, daß a) solche Leute von der Heyrath mit Personen aus dem senatorischen Stande ausgeschlossen waren (§. 125.); b) daß die Geschwister querelam inofficiosi anstellen konnten, wenn jemand zum Erben eingesetzt war, der levis notae maculam hatte (§. 473.). Justin und Justinian aber haben die erste Wirkung in der L. 23. C. de nupt. (V. 4.) Nov. 77. Cap. 8. Nov. 89. Cap. 15. gänzlich aufgehoben; und in Ansehung der zweyten ist in der L. 27. C. de inofficios. testam. die Einschränkung gemacht, daß wegen der Einsetzung eines Freygelassenen die Geschwister nicht sollen klagen können, wenn der Freygelassene dem Patron große Wohlthaten erzeigt hat. Also nach dem Justinianeischen Recht besteht die Wirkung der levis notae maculae nur noch darin: daß Kinder der Schauspieler, öffentliche Huren und Freygelassene nicht mit Uebergehung der Geschwister zu Erben ernannt werden dürfen. Wenn ich meine Geschwister ausschließe, und eine der obgedachten Personen einsetze: so können die Geschwister das Testament umstoßen; den einzigen Fall ausgenommen, wenn ich einen Freygelassenen einsetze, von dem ich große Wohlthaten genossen habe.

Dieß ist der wahre Römische Begriff von der levis notae macula. Wir haben in Deutschland davon wenig. Die Kinder der Schauspieler haben gar keinen Flecken, indem die Schauspieler selbst nicht ehrloß sind. Da wir fast gar keine Sklaven, und noch weniger freygelassene Sklaven haben, so wird

auch

auch die Mackel des Freygelassenen kaum alle hundert Jahr einmal zur Sprache kommen. Also bleibt dann die Römische levis notae macula bloß bey den Huren übrig, welche indessen bey uns auch infamiam iuris an sich tragen.

Allein die neueren Juristen haben mit dem römischen Ausdruck levis notae macula eine andere, ganz verschiedene Bedeutung verbunden. Sie fanden nemlich in Deutschland viele Gattungen von Menschen, welche, ob sie gleich nichts unerlaubtes und schändliches begiengen, doch verächtlich waren, und weder in Gilden oder Zünfte, noch zu öffentlichen Aemtern zugelassen wurden, ja an einigen Orten nicht einmal das Bürgerrecht bekommen konnten. Dergleichen waren wegen ihrer Geburt uneheliche Kinder, und von wegen ihrer Profession, Leinweber, Barbierer, Schäfer, Schweinschneider, Müller, Zöllner, Pfeifer, Trompeter, Bader, Gerichtsknechte, Feldhüter, Nachtwächter, Todtengräber, Bettelvögte, Gassenkehrer, Scharfrichter, Abdecker rc. Sie legten also diesen Leuten levis notae maculam bey. Durch die deutschen Reichsgesetze ist diese levis notae macula fast bey allen benannten Personen abgeschafft worden (*21). Nur bey zwey Gattungen ist noch etwas davon übrig. Nemlich 1) uneheliche Kinder werden ohne Legitimation nicht in Gilden aufgenommen (§. 143.). Auch schließt sie die Reichs-Cammergerichtsordnung (*22) von den Beysitzerstellen aus. Zu andern öffentlichen Aemtern werden sie heutigestages an allen Orten, wo man vernünftig denkt, zugelassen. Eben so wenig können 2) Abdecker oder Schinder in Zünfte und Aemter gelangen. Ausser diesen soll, wie der Reichsabschied von 1677. ausdrücklich sagt, keine Profession oder Handthierung von den Handwerkern ausschließen (*23). Uebrigens hat diese sogenannte levis notae macula die Wirkung der Römischen nicht (§. 473.).

Ein zweyter hieher gehöriger Stand ist der *status clericalis*. Die Geistlichen haben in manchen Stücken andere Rechte als die Layen. S. z. E. §. 126. §. 245. §. 838. §. 885.

Ein dritter ist der Militärstand. Die Bürger sind nach Römischem Recht entweder *milites* oder *pagani*; wenn ein Bürger die schuldige Anzahl von Feldzügen gemacht hatte, also zum Kriegsdienst nicht mehr verbunden war: so hieß er *veteranus* (*24). Von den Rechten der Soldaten s. §. 246. §. 427. §. 452. rc. §. 703. §. 885. §. 1139.

Ein vierter ist der Stand der Personen, welche öffentliche Aemter bekleiden (*status dignitatis*), dergleichen sind magistratus, senatores etc. Ihnen sind die Privatpersonen entgegengesetzt.

Ein fünfter Stand bezieht sich auf den Gebrauch, den ein Mensch von seinem Vermögen macht. In Rücksicht dessen sind die Menschen entweder Verschwender oder nicht. Verschwender, die von der Obrigkeit dafür er-

klärt sind (§. 224.), können sich ohne ihren Curator nicht verpflichten (§. 737.), und können kein Testament machen (§. 467.).

Der sechste auf die Religion. Ein Mensch bekennet sich entweder zur christlichen Religion oder nicht. Im letzten Fall heißt er ein Ungläubiger (*infidelis*), und insonderheit *apostata*, wenn er die christliche Religion verlassen hat. Im ersten Fall ist er entweder ein orthodoxer Christ, oder ein Ketzer (*haereticus*) (§. 478). Von den Rechten dieser verschiedenen Stände wird gelegenheitlich soviel beygebracht werden, als für die Institutionen gehört.

(1) Zum Zustand gehört eine Eigenschaft von einer bestimmten Art. Wenn nemlich eine Eigenschaft einen Zustand ausmachen soll, so muß sie entweder innerlich, physisch, oder, wenn sie blos äußerlich, ein bloßes Verhältniß ist, entweder permanent seyn, oder wenigstens von der Art, daß der Mensch, welcher die Eigenschaft hat, mit andern seines Gleichen als eine eigne Classe im Staate angesehen wird. Die Eigenschaft des Geschlechts z. B. macht einen Zustand, denn sie ist physisch. Die Eigenschaft eines Sohnes, Ehegatten stellt einen Zustand vor, denn sie ist permanent. Daß einer Student auf einer Academie ist, macht einen Zustand. Diese Eigenschaft ist zwar nicht physisch, auch nicht immerwährend; indessen werden doch die Studenten als eine eigne Classe von Staatsbürgern angesehen. Aeußerliche blos vorübergehende Eigenschaften, welche nicht machen, daß der, welcher sie hat, mit andern seines Gleichen eine eigne Bürgerclasse im Staate vorstellt, werden nicht zum Zustande gerechnet. So hat z. B. einer, der ein Landgut pachtet, freylich eine Eigenschaft, die eines Pachters. Allein die Rechte, die er als Pachter hat, werden nicht zu den Rechten aus dem Zustande, nicht zu dem Personenrechte gezählt; denn die Pachter stellen bey uns keine besondere Classe von Unterthanen vor. Man mag übrigens an der Definition vom Zustande schnitzen und feilen, wie man will, so wird man doch nie eine herausbringen, wodurch das Personenrecht vom Sachenrechte so genau abgeschnitten wird, daß man bey allen Rechten und Verbindlichkeiten einen völlig befriedigenden Grund angeben könnte, warum diese zum status, zum Personenrechte, jene zum Sachenrecht gezählt werden.

(2) L. 7. D. de stat. hom. Die Schriften von den Rechten der Embryonen s. in der Lipenischen Bibl. art. nascituri. Außerdem gehört hieher *Al. Arn. Pagenstecher* diss. de ventre, welche dessen aphorism. ad Inst. edit. 3. beygedruckt ist, und *Io. Alb. Spies* diss. de iure hominum nasciturorum.

(3) Ueber die weiblichen Rechte hat man viele Schriften. Die neueste und vorzüglichste ist Carl Ludw. Rößlin Abh. von den besondern weiblichen Rechten, Stuttgardt 1775. und 1777. 2 Theile in 8. Sie ist aber nicht vollendet.

(4) *Io. Henr. Berger* diss. de privileg. aegrotorum, in diss. select. n. 16.

(5) Vom Unterschied eines Blödsinnigen und Einfältigen, s. Strube rechtl. Bed. 1. Band, 323. S.

(6) *Vigl. Zuichemus* ad §. 1. Inst. quib. non est permiss. *Vinn.* ad §. 4. I. de curat. *Otto* in not. ibid. *Thomasii* diss. de praesumtione furoris et dementiae §. 7. in collect. diss. tom. 4. p. 352.

(7) Doch wird auch zuweilen das Wort minor in engerer Bedeutung für einen Menschen genommen, welcher mündig, aber noch nicht 25 Jahre alt ist. Man

sagt z. E. impuberi tutor, *minori* curator datur. Auch das deutsche Wort mündig wird nicht immer in einerley Verstand genommen. Zuweilen versteht man darunter die Majorennen. *Leyser* sp. 362. med. 5. Eichmann's Pandecten 3. Th. 62. Seite.

(8) §. 4. I. de adopt. L. 14. §. 1. D. de alim. legat. Man bemerke noch: 1) Um mündig zu seyn, ist nicht nöthig, daß man das vierzehnte oder zwölfte Jahr überschritten habe (ut quis *excesserit*), sondern es ist genug, daß man es vollendet hat (ut *compleverit*). 2) Bey Bestimmung der Mündigkeit wird die Zeit zum Besten des bisher Unmündigen civiliter berechnet, vergl. *Voet.* commentar. ad Dig. Tit. de minor. §. 1.; der letzte Tag wird als vollendet angesehen, sobald er angefangen hat (dies ultimus coeptus habetur pro completo). Darauf gründet sich die Regel Ulpians in der L. 5. D. qui testam. fac. poss. **Wer vor 14 Jahren am ersten Januar (z. B. Morgens 9 Uhr) gebohren ist, ist schon mündig, und kann daher testiren, sobald es in der Nacht vom 30ten zum 31ten December 12 Uhr schlägt** (pridie calendarum post sextam horam noctis). Dieß scheint parador, folgt aber ganz natürlich aus jenen beyden Grundsätzen. Sobald es in der Nacht vom 31. Dec. auf den 1. Januar 12 schlägt, also im ersten Moment des ersten Jenners, wird der ganze Tag als vollendet angesehen. Der Mensch, von dem die Rede ist, hat also nun schon nach den Gesetzen (iuris intellectu) das vierzehnte Jahr überschritten. — Hat er es im ersten Moment des ersten Januars schon überschritten, so hat er es im letzten Moment des 31. Decembers vollendet. Hat er es im letzten Moment des 31. Decembers vollendet, so hat er es auch am ersten Moment dieses Tages schon vollendet; er hat es vollendet, sobald es in der Nacht vom 30. zum 31. December zwölf schlägt: denn auch dieser Tag wird als compliret angesehen, sobald er angefangen ist. Ich habe mir viele Mühe gegeben, Autorität für meine Erklärung zu finden, aber umsonst. *Donellus* ad L. 4. C. qui test, fac. poss. no. 1. sqq. scheint sich die Sache eben so gedacht zu haben. — — Uebrigens rechnet Ulpian auch in andern Fällen, so wie in dieser L. 5. Man sehe L. 1. D. de manumiss. L. 6 et 7. de usurpat, vergl. §. 398. Not. 3 — — Koch in d. Belehrung üb. Mündigk. z. testiren §. 11. ꝛc. führt verschiedene Deutungen L. 5. cit. an, glaubt aber in den Worten: plus arbitror etc. eine neue Meynung Ulpians und Marcians anzutreffen, die nur der Billigkeit wegen den ganzen 31sten December, more Romano gerechnet, L. 8. D. de fer. dem Testator hätten zu Gute kommen lassen, obgleich genau genommen der letzte Tag der Unmündigkeit erst mit der Geburtsstunde am 31sten Dec. angetreten sey, ja die übrigen Rechtsgelehrten hier nur beym 1ten Januar, als die ultimo, stehen geblieben wären. Dieß letztere bestreitet Hagemeister über Mündigk. z. test. bey Hugo civilist. Magaz. III. 1. und findet jene Gesetzstelle den gangbaren Grundsätzen des R. R. im Zeitalter Ulpians völlig gemäß. Man sehe aber Koch's Bestätigung der Belehrung. 2. Gießen 1798. und dessen bonor. possess. p. 458 ꝛc. vergl. aber auch H. W. Schultes Bemerk. üb. d. Mündigk. z. testiren; Jena 1800. und C. G. Fetzer's Versuche zur Bildung des R. R. Heilbronn 1802. p. 31 ꝛc. welche das Vorrücken auf den 30sten Dec auch dem Sinne Ulpians nicht gemäß finden, wiewohl dieser doch ausdrücklich sagt: si *pridie calendarum* fecerit testamentum. Vom Schalttag vid. L. 98. D. de V. S.

L. 3. §. 3. D. de minorib. Koch's Belehrung. rc. §. 9. Glück's Pandect. V. 457. und das. angef. DD. Fetzer's Vers. rc. Nr. 1. W.

(9) *Io. Franc. Fara* de essentia infantis, proximi infantiae et proximi pubertati, in tract. tractat. tom 8. *Hunnius* resolut. lib. 1. tract. 4. quaest. 16. Dieses Buch ist gewiß unter denen, welche die juristischen Streitfragen abhandeln, eins der vorzüglichsten, und wird weniger gelesen, als es verdient. *Vinn.* ad §. 10. l. de inutil. stipp. *Io. Härpprecht* ad pr. Inst. de auct. tut.

(10) *Accurs.* ad §. 10. Inst. de inutil. stip. et ad L. 1. D. de novat.

(11) *Cocceii* iur. controv. tit. de pact. Qu. 29. *Vinnius* l. c. *Müller* ad *Struv.* tit. de pact. th. 39. lit β. *Stryck* ad *Lauterb.* tit. de privat. delict. verb. *pubertati proximis. Hellfeld* iurispr. for. §. 130. Man s. aber Glück's Pandecten 2. Th. §. 130.

(12) Die Stellen, wo die Distinction zwischen infantiae und pubertati proximis vorkommt, sind §. 9. (bey andern 10.) I. de inutil. stip. L. 13. §. 1. D. de dol. mal L. 111. D. de R. I. L. 4. §. 26. de dol. mal. et met. exc. §. 18. de oblig quae ex delict. Man würde über diese Sache weniger gestritten haben, wenn man nur vorher überlegt hätte, was denn der practische Nutzen der Distinction sey. In der Lehre von Verträgen und letzten Willen kommt nicht das mindeste darauf an, und daß in der Lehre von der Zurechnung unerlaubter Handlungen nicht auf gewisse Jahre gesehen werden könne, ist wohl sehr augenscheinlich.

(13) *Henr. Moller* diss. de eo, q. i. e. circa varias hominum aetates, defensa sub praesid. *Schachtii* Trai ad Rh. 1732. recus. Helmst. 1774.

(14) Eichmann's Pandecten III. 56 u. f. f. Seite.

(15) Wenn nemlich die Alten eigentlich reden. Denn zuweilen nennen sie doch auch den Sklaven eine Person. L. 3. ne quis eum qui in ius voc. L. 215. de V. S. L. 22. de R. I. *Vinn.* ad pr. I. h. t.

(16) L. 6. §. 2. D. de extraord. cognit.

(17) Ueberhaupt ist bey dieser ganzen Lehre zu vergleichen L. G. Hübner über Ehre, Ehrlosigkeit rc. Leipz. 1800. Man streitet darüber, ob die Distinction zwischen infamia iuris und facti in den Römischen Gesetzen gegründet sey, und ob die letztere rechtliche Wirkungen habe. Verworfen wird die infamia facti von *Donell.* in commentar. iur. civ. lib. 18. cap. 6. *Titio* in iur. privat. Lib. 3. p. 3. §. 11. seqq. *Strecker* diss. de non ente civili, infamia facti, §. 25. sqq. *Georg Lud. Boehmer* diss. de querel. inoff. donat. fratr. §. 10. sqq. *Einert.* diss. praeter unam infamiam iuris nullam existere infamiae speciem §. 6. *Selchov.* select. capita doctrinae de infamia, sect. 1. §. 3. sqq. in Elect. iur. germ. p. 444. sqq. Man bemerke desfalls: a) daß bey den Römern schlechte Handlungen eben sowohl Verachtung nach sich zogen, als bey uns, bedarf wohl keines Beweises; und wer es nicht glauben wollte, könnte leicht überzeugt werden. Z. B. L. 25. C. ad L. Iul. de adult. sagt ausdrücklich: cum ancillas compressisse, et non liberas stuprasse detectum sit, ex huiusmodi sententia *gravatam potius opinionem*, quam infamia afflictam esse, manifestum est. Ferner ist b) gewiß, daß diese Verächtlichkeit rechtliche Wirkungen hätte. Dahin gehört, daß ein solcher Mensch kein völlig glaubwürdiger Zeuge ist, L. 3. pr. D. de testib. und eine *persona vilis*, wie L. 11. D. de dol. mal. sagt, die actionem doli nicht gegen einen *hominem vitae emendatio-*

ris anstellen kann. Das will ich übrigens c) gern zugeben, und die vorhin angeführte L. 25. zeigt es, daß man dergleichen Menschen nicht *infames* nannte; so wie auch d) gewiß ist, daß die sogenannte infamia facti die Wirkungen der wahren Infamie, infamiae iuris, nicht hatte.

(18) Peinl. Gerichtsordnung Art 122. Reichspoliceyordnung v. J. 1548. Tit. 22. v. J. 1577. Tit. 20. 23. §. 2. Reichsschluß v. J. 1670. *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 1. pag. 13. *G. L. Boehmer* diss. cit. in Elect. iur. civ. Vol. 1. p. 255. seqq. Runde deutsches Recht §. 305.

(19) Der Ausdruck levis notae macula kommt in der L. 27. C. de inoff. test. (III. 28.) vor, wo es heißt: die Geschwister könnten querelam inofficiosi anstellen, wenn der Verstorbene einen Erben eingesetzt habe, welcher *infamiae* oder *turpitudinis*, oder levis notae maculam habe. Dieses Gesetz ist aus der L. 1. und 3. Cod. Theodos. eod. (II. 19.) zusammengeschmolzen, aber sehr verändert und entstellt. S. §. 473. Not. 4.

(20) *Heineccii* diss. de levis notae macula, in syllog. opusc. pag. 266. sqq. S. auch *Georg Lud. Boehmer* diss. cit. §. 13. seq. *Selchov* diss. cit. §. 5. Die Einwürfe, welche dagegen *I. H. Boehmer* diss. de querela inoff. fratr. consanguin. §. 16. Ex. ad P. Tom. 2. p. 801. macht, widerlegt Heineccius in der Vorrede zu seiner syll. opusc. p. XIV. seqq.

(21) Policeyordnungen vom Jahr 1577. Tit. 38. Reichsschluß von 1731. §. 4. Reichsschluß vom 30. April 1732.

(22) Part. 1. Tit. 3. §. 1. Tit. 30. §. 1.

(23) Indessen rechnen Einige doch auch die Vagabunden oder Landstreicher zu den Personen, die levis notae maculam haben. S. Runde im deutschen Privatrecht §. 310.

(24) Die Veterani giengen zuweilen wieder zur Armee und thaten Militairdienste. Sie hießen alsdann *evocati*, und waren nur zum Fechten verbunden, von andern Diensten, z. B. Schanzen, Holz- und Wassertragen, Schildwachstehen ꝛc. waren sie frey. *Lips.* de milit. rom. lib. 5. Dial. 20. *Vinn.* ad pr. I. quib. non est permiss. n. 3.

§. 63. Eintheilungen der Menschen in Absicht der Freyheit.

Betrachtet man die Menschen in Rücksicht auf den Zustand der Freyheit: so sind sie entweder freye Menschen oder Sklaven, Knechte, *servi*. Die Freyen sind entweder Freygebohrne (ingenui), oder Freygewordene (libertini).

§. 64. Begriff des Sklaven und Freyen.

Was ist also ein Freyer, was ein Sclave? Man bemerke 1) die Gewalt (*imperium, potestas*), welche ich über einen andern Menschen habe, besteht entweder in dem Recht, über diesen Menschen und seine Kräfte zu meinem Nutzen nach Gefallen zu disponiren; oder blos in dem Recht, seine Handlungen zu einem gewissen Zwecke zu lenken. Im ersten Falle heißt sie *potestas* in eigentlichem Verstande, im letztern aber *imperium* in eigentlichem Sinne. Die Gattungen der potestatis im Römischen Rechte sind die Gewalt eines Herrn über seine Sklaven (potestas dominica), die väterliche Ge-

walt (patria potestas) und die Gewalt des Ehemannes, wofern sich die Frau ihr unterworfen hatte, *si uxor in manum convenerat* (§. 128.). Gattungen des imperii hingegen sind: das *imperium civile*, oder die Herrschaft eines Landesherrn über seine Unterthanen; die Herrschaft oder die Rechte eines Vormunds über seine Pflegbefohlnen; die heutige Herrschaft eines Hausherrn über seine Bedienten und des Ehemannes über seine Frau.

2) Der Zustand eines Menschen, der sich in der Gewalt eines Herrn (potestate dominica) befindet, heißt die Sklaverey, *servitus*. Worin diese potestas dominica bestand, davon s. im 8. Titel (*1).

3) Freye Menschen heißen indessen nicht nur die, welche gar nicht in der Gewalt eines Herrn sind, sondern auch solche, die mit Unrecht darin gehalten werden; Sklaven hingegen, die sich mit Recht in der herrschaftlichen Gewalt befinden. Also etwas anders ist *liberum esse*, und etwas anders *in libertate vivere*. Jemand kann frey seyn, ob er sich gleich in der Gewalt eines Herrn befindet, und also die Freyheit nicht besitzt. Wenn mich z. E. Räuber aufheben, und in die Sklaverey verkaufen: so bin ich frey, ich lebe aber nicht in Freyheit. Auch *servire* oder *in servitute esse*, und *servum esse* oder *servitutem servire* ist verschieden. Wer sich in einer unrechtmäßigen Sklaverey befindet, servit, in servitute est, aber er ist nicht servus, non servit servitutem (*2).

(1) Im §. 2. I. h. t. heißt es, die Sklaverey sey contra naturam, das heißt nicht, sie streite gegen das Naturrecht, sondern sie sey etwas zufälliges, hypothetisches, von Natur seyen alle Menschen frey.

(2) *Quintilian.* instit. orat. lib. 7. cap. 4. Besitze ich einen Menschen als Sklaven, der doch wirklich frey ist, und sich in einer unrechtmäßigen Sklaverey befindet, ich weiß aber nicht, daß es mit ihm diese Beschaffenheit habe, so sagt man homo mihi bona fide servit. Die vorzüglichste Schrift von den Rechten über die Sklaven ist *Georg d'Arnaud* diss. duae de iure servorum, et de his, qui pretii participandi causa sese venundari patiuntur. Leovard. 1744. 4.

§. 65. Rechtssätze vom Sklaven.

Ein Sklave ist ein Mensch; dafür ließen ihn die Römischen Gesetze gelten. Sie sagen daher auch, daß er *naturaliter*, d. i. nach dem Naturrecht verpflichtet werde, wenn er einen Contract schließt (*1). Sklaven und Sklavinnen, die in der geraden Linie verwandt oder verschwägert waren, desgleichen Geschwister, durften einander nicht heyrathen (*2). Aber im Staate ist er ἀπρόσωπος, wie ihn Theophilus (*3) nennt, keine Person. Er hat kein caput, d. i. keinen bürgerlichen Zustand; er ist im Staate als eine Nulle anzusehen, ist bürgerlich todt, hat gar keine Rechte, weder Rechte der Freyheit, noch Familienrechte, noch Bürgerrechte.

(1) L. 14. D. de obligat. et act.

(2) Denn die Römer hielten die Heyrathen unter Personen in gerader Linie für natürlich verboten L. ult. D. de rit. nupt. L. ult. §. 1. D. de cond. sine caus. und von der Ehe unter Geschwistern glaubten sie ebenfalls, daß sie nicht blos legibus, nach positiven Gesetzen, sondern auch *moribus*, nach den Völkersitten, verboten seyen, L. 8. de R. N. und in nuptiis contrahendis naturale ius et pudor inspiciendus est, sagt Paullus L. 14. §. 2. eod. L. 14. §. 2. D. eod.

(3) *Theophilus* ad pr. I. de stip. servor.

§. 66. Einige Menschen werden als Sklaven gebohren.

Eine gerechte Sklaverey kann auf mancherley Art entstehen. Jemand kann ein Sklave von Geburt an seyn, er kann aber auch frey gebohren seyn, und in die Sklaverey gerathen. Sklaven von Geburt an sind die Kinder einer Sklavin. Ob dieß dem Naturrecht gemäß sey, ist eine Frage, die nicht hieher gehört. Genug, daß es die Römischen Gesetze verordnen. Sie sagen, die Sklavinnen sind res, mein Eigenthum, so gut als meine Pferde, Kühe und Schaafe. Daher gehört das, was die Sklavin gebiert, eben so gut mein, als was von meinen Stuten, Kühen und Schaafen fällt. Partus sequitur ventrem, sagen die Juristen. Wem die Mutter (venter) gehört, dem gehört auch das Kind (partus) als ein Zuwachs.

§. 67. Zuweilen wird ein Freyer zum Sklaven.

Wenn ein freyer Mensch in die Sklaverey fällt, so wird er entweder schon vermöge des Naturrechts ein Sklave, oder blos das Römische Recht macht ihn dazu. Das Naturrecht erklärt die Kriegsgefangenen zu Sklaven. So glaubten wenigstens die Römischen Gesetzgeber. Sie sagen: ich kann meinen Feind im Kriege tödten; bediene ich mich also dieses Rechts nicht, schenke ich meinem Feinde das Leben, so bin ich befugt ihn zum Sklaven zu machen. Aber wie wenig gründlich diese Argumentation sey, haben Montesquieu (*1) und Rousseau (*2) gezeigt. Das Recht, meinen Feind zu tödten, habe ich nur alsdann, wenn ich schlechterdings meines Leibes, Lebens oder Vermögens nicht sicher bin, so lange er lebt. Mache ich ihn zum Sklaven, so gebe ich zu erkennen, daß ich auch bey seinem Leben sicher seyn könne. Ich hatte also kein Recht, ihn zu tödten.

Eben daher, daß die Kriegsgefangenen Sklaven werden, sollen, wie Justinian (*3) sagt, die Namen servus und mancipium entstanden seyn. Nemlich servus soll daher benennet seyn, quia *servatus*, non occisus est; mancipium aber, quia *manu captum* est.

In der Anmerkung steht, diese und ähnliche Etymologien seyen Reliquien von stoischer Philosophie; die Stoiker hätten bey ihren Herleitungen nicht auf die Sprachregeln gesehen, sondern Allusionen gemacht, und dieses hätten die Juristen, als ächte Stoiker nachgeahmt. Ueber die angeblichen Stoicismen in unserm corp. iuris habe ich schon oben meine Meynung gesagt (§. 18.),

und wiederhole sie auch hier. Richtig ist übrigens, daß die Römischen Juristen seltsame Wortleitungen geben. Sie suchen die einzelnen Kennzeichen eines Begriffes in den Sylben des Worts auf, das diesen Begriff bezeichnet. *Testamentum* soll nach pr. I. de testam. ord. daher benennet seyn, weil es eine testatio mentis ist: *mutuum*, quia ex meo fit tuum, L. 2. §. 2. D. de reb. credit.; *divortium*, weil zwischen geschiedenen Ehegatten eine diversitas mentium sey, L. 2. pr. D. de divort. Mit eben so vielem Grunde leitete jemand asinus von dem Griechischen Privativ-Alpha und sinus her, weil man einen Esel nicht auf den Schoos setze, und einen Bischoff von beissen und Schaf, weil er die Schafe seiner Heerde zuweilen beisse.

(1) Esprit des loix, Livre 15. chap. 2.

(2) Contract social, Livre 1. chap. 4.

(3) §. 3. I. h. t.

§. 68. Fortsetzung.

Nach Römischem Recht werden 1) Sklaven, diejenigen, die sich freywillig als Sklaven verkaufen lassen, in der Absicht, den Käufer um den Kaufschilling zu betrügen, wofern sie älter als 20 Jahre sind. Ein freyer Mensch ließ sich von einem andern Betrüger als Sklaven verkaufen, berief sich hernach auf seine Freyheit; gab vor, der Verkäufer habe ihn in einer unrechtmäßigen Sklaverey gehalten, und wenn er nun loskam, theilte er den Kaufschilling mit seinem Helfershelfer. Ein solcher Mensch soll vermöge eines Senatsschlusses, der unter Kayser Klaudius gemacht wurde, zur Strafe ein Sklave bleiben, wenn er über 20 Jahr alt ist (*1). Denn ist er jünger, so wird seinem Unverstand etwas zu gut gehalten. Wie aber, wenn sich ein Mensch aus Noth ehrlich und öffentlich in die Sklaverey begab, wurde er nicht auch dann ein Sklave? Nein, dieß hielten die Römer nicht für erlaubt. Servitus voluntaria pactitia ist im Römischen Recht ganz unbekannt (*2).

2) Kann jemand in die Sklaverey fallen, wenn er gegen seinen Patron undankbar ist. Wenn ich einen Sklaven frey lasse: so heißt er mein *libertus*, ich sein Patron. Begeht er gegen mich eine Undankbarkeit, leistet mir das nicht, was er mir schuldig ist (§. 81. 82.), bezeigt sich stolz und widerspenstig gegen mich, fügt mir Beleidigungen zu: so kann ich ihn in die Sklaverey zurückziehen (*3).

Nach dem ältern Römischen Recht konnte Jemand noch in mehreren Fällen ein Sklave werden. Man sehe z. B. §. 677. Ich will hier nur einen dieser Fälle erklären. Man konnte eines Verbrechens wegen ein Sklave (servus poenae) werden. Nemlich nach den alten Römischen Gesetzen konnte kein freyer Römischer Bürger am Leben gestraft werden. Weil man aber doch nachher

nachher sah, daß man Todesstrafen nicht ganz entbehren konnte, so erklärte man die Delinquenten, welche man am Leben strafen wollte, zuvor für Sklaven, und diese Sklaverey hieß *servitus poenae* (*4). Sie zog die Confiscation des Vermögens natürlicher Weise nach sich; denn ein Sklave konnte kein Vermögen besitzen. Justinian aber hat nicht nur die servitutem poenae Nov. 22. Cap. 8. völlig (*5), sondern auch die Confiscation des Vermögens, doch nur zum Besten der nächsten Verwandten aufgehoben. Er hat nemlich in der Nov. 134. cap. ult. verordnet, daß, wenn ein zum Tode verurtheilter Missethäter Descendenten, Kinder, Enkel, Urenkel rc. oder Ascendenten bis auf den dritten Grad, das heißt, Eltern, Großeltern oder Urgroßeltern hinterläßt, diese ihn erben, und das Vermögen nicht confiscirt werden soll. Wenn dergleichen Verwandten nicht vorhanden sind, soll die Confiscation Statt finden.

Eine Sklaverey, die auf eine der vorhin beschriebenen (§. 69. 70.) Arten entstand, hieß *servitus iusta*, eine jede andere *servitus iniusta*. Wenn also z. E. jemand von Strassenräubern aufgehoben und verkauft wird: so ist er in servitute iniusta. Man verwirre nur nicht servitutem iustam mit einer erlaubten Sklaverey, und servitutem iniustam mit einer unerlaubten. Eine Sklaverey kann erlaubt seyn, und ist doch iniusta. Wenn z. E. jemand so viele Schulden hatte, daß er nicht zahlen konnte: so schlug man ihn nach dem alten Römischen Rechte den Gläubigern als Sklaven zu. Dieses war eine erlaubte Sklaverey, und doch servitus *iniusta*. Eben so, wenn der Vater seinen Sohn verkaufte, welches er nach dem alten Recht thun konnte (§. 106. n. 2.); oder wenn der Sohn ein Verbrechen, z. E. einen Diebstahl begieng, und der Vater ihn zur Ersetzung des Schadens hingab (noxae dabat filium), welches er auch zu thun befugt war (§. 106. n. 3.), so war in beyden Fällen der Sohn in einer erlaubten Sklaverey. Indessen war sie doch nicht iusta. Der wichtige Unterschied zwischen einer gerechten und ungerechten Sklaverey lag darin, daß einer, der aus einer gerechten Sklaverey losgelassen wird, ein libertinus ist; hingegen ein Freygebohrner, welcher in eine ungerechte Servitut fällt, nach seiner Freylassung ein ingenuus bleibt (§. 72.). Wenn also in den ebengedachten Fällen der Schuldner oder der Sohn aus der Sklaverey wieder freygelassen wurde: so war er kein libertinus, sondern ein ingenuus, ein freygebohrner Mensch (*6).

(1) §. 4. I. h. t. Indessen scheint dieß schon vorher Rechtens gewesen und unter K. Claudius nur bestätigt worden zu seyn *Ramos* del *Manzano* de venditione liberi hominis ad L. 23. D. de lib. caus. apud *Meermann* in thesaur. tom. 7. p. 201. seqq. Ausführlich handelt von dieser ganzen Sache *d'Arnaud* in der §. 64. angeführten Schrift.

(2) L. 67. D. de lib. caus. L. 10. C. eod. (VII. 16.) *Ferd. Aug. Hommel* diss.

de servitutis per pactum constitutione §. 6. seqq. behauptet zwar das Gegentheil, allein die angeführten Stellen sind ganz deutlich.

(3) §. 1. I. de cap. min. L. 2. C. de libert. et lib. eor. *Iac. Henr. Born* diss. de poenis ingratorum libertorum apud Romanos, Lips. 1738. *Io. Gerh. Schlitte* diss. de eo, quod iust. est circa ingratitudinem cap. 2. §. 1. seqq.

(4) *Noodt* probabil. lib. 3. cap. 12. *Car. Fr. Walch* diss. de donatione capite damnati, (Ien. 1766.) §. 2. S. auch *Richey* vindic. Praet. rom. §. 14. aber vergl. damit *Luzac* observat. apologet. pro IC. rom. cap. 4. §. 9.

(5) *A. A. Pagenstecher* Irner. iniur. vap. Coit. 43. pag. 521. sqq.

(6) *Paul* recept. sent. lib. 5. tit. 1. §. 1. L. 2. C. de patribus, qui fil. suos distrax. (IV. 43.) Allein wenn ein Vater seinen Sohn emancipiren wollte: so machte er ja doch einen Vertrag mit dem Käufer, daß dieser den Sohn nicht freylassen sollte, damit er die Patronatrechte nicht über ihn bekäme (§. 158.). War der Sohn nach der Freylassung ein ingenuus, wie konnte Jemand die Patronatrechte über ihn ausüben? Ich gestehe, daß ich mir diesen Zweifel nicht heben kann.

§. 69. Verschiedener Zustand der Sklaven.

Die Sklaven waren in Absicht auf den Staat, auf die bürgerliche Gesellschaft alle gleich; in servorum conditione nulla est differentia, sagt Justinian §. 5. I. h. t.; denn keiner hatte Rechte, keiner war eine Person, sie waren alle wie Todte. Auch hatte der Herr über einen Sklaven so viel Recht, als über den andern. Indessen verursachten doch, wie leicht zu erachten ist, die persönlichen Eigenschaften der Sklaven im Hause des Herrn einen merklichen Unterschied unter ihnen. Ein Sklave, der eine Kunst oder Wissenschaft verstand, wurde besser gehalten, als einer, der nichts als grobe Handarbeiten thun konnte; einer, der sich durch Fleiß und Treue auszeichnete, wurde werther geachtet, als ein anderer. Auch die *statu liberi* und *coloni* waren besser daran, als andere Sklaven. *Statu liber* hieß ein Sklave, dem die Freyheit nach einer gewissen Zeit, oder unter einer Bedingung, z. E. wenn er dem Herrn eine gewisse Summe erlegen würde, versprochen war (*1). Dieser wurde, wenn er ein Verbrechen begieng, nicht als ein Sklave, sondern als ein freyer Mensch bestraft. Nemlich die Sklaven wurden mit andern Strafen belegt, als freye Menschen. Einen freyen Bürger kreuzigte man z. E. nicht, wohl aber einen Sklaven. Mit dem *servo colono* hat es folgende Bewandtniß: ein Sklave, den sein Herr auf sein Landgut gesetzt hat, um es zu bauen, heißt *servus adscriptitius*, oder *glebae adscriptus*. Dieser war entweder ein wahrer Sklave, oder er hatte eine Art von unvollkommener Freyheit. Im letzten Fall heißt er colonus. Ein solcher colonus hatte das ius connubii, und konnte etwas eigenes besitzen. Wenn er nemlich dem Herrn seine Abgaben entrichtet hatte, so war der übrige Erwerb sein eigen; kurz, er war ungefähr das, was unsere Leibeigenen sind (*2).

(*) L. 9. D. de statu lib. Ein artiges Exempel einer ancillae statu liberae giebt Tryphonius in der L. Arescusa 15. de stat. hom. Einer sagte im Testament, meine Sklavin Arescusa soll frey seyn, wenn sie drey Kinder gebohren haben wird. Nun bekam die Sklavin das erstemal Eins, das zweytemal drey. Das letzte dieser drey Kinder ist ein freygebohrner Mensch. Denn sobald bey der letzten Niederkunft zwey Kinder zur Welt gebracht waren, war die Mutter frey. Nec enim natura, sagt der Jurist, permisit, simul uno impetu duos infantes de utero matris excedere, ut ordine incerto nascentium non adpareat, uter in servitute libertateve nascatur. Wenn es möglich wäre, will er sagen, daß zwey Kinder auf einmal aus Mutterleibe kämen, und die zwey letzten Kinder der Arescusa wirklich auf diese Weise, in einem Schusse (*ordine incerto*) herausgekommen wären: so würde es zweifelhaft seyn, welches von beyden frey sey. *Alteserra* (Hauteserre) in f. recitationibus in Claud. Tryphonini disput. libros XXI. pag. 73. sqq. hat die L. 15. (so wie fast alle Fragmente Tryphonins) nur sehr obenhin und unzulänglich erklärt, und ich unterschreibe aus Ueberzeugung Herrn Schotts Urtheil (Critik 1. Band, 668. S.), daß die Recitationen unter die schlechtesten Schriften des Hauteserre gehören. Um nichts besser ist sein Commentar über die Institutionen.

(2) L. 2. L. 4. C. de agric. et cens. et colon. Tit. C. de colon. Palaest. - Thracens. - Illyric. Doch waren sie unsern Leibeigenen nicht völlig gleich, wie Leyser spec. 16. med. 2. glaubt. Man s. *Ge. Lud. Boehmer* in praef. ad Tom. 1. Exercit. patern. ad pand. S. XVIII. u. f. f. und *Müller* ad *Leyser* obs. 85.

§. 70. Von der heutigen Sklaverey.

Wir haben heutzutage 1) wahre Sklaven im Sinne des Römischen Rechts; 2) Leibeigene; 3) freye Knechte und Mägde. Wahre Sklaven sind die Negersklaven und die gefangenen Türken (*1). Denn da die Türken unsere Kriegsgefangene zu Sklaven machen: so verfahren wir mit den ihrigen auf gleiche Weise. Negersklaven werden zuweilen aus Holland und andern Reichen zu uns gebracht. Beyde Arten von Sklaven sind nach Römischem Recht zu beurtheilen (*2). Denn das Römische Recht ist im Ganzen angenommen, und ich bin nicht der Meynung, daß ein Sklave, der nach Deutschland kommt, sogleich frey werde, da weder ein ausdrückliches Deutsches Gesetz dieses vorschreibt, noch eine allgemeine Gewohnheit dieser Art erwiesen werden kann (*3).

Wir haben aber auch in Deutschland Leibeigene. Diese sind keine freye Leute, sondern leben in der Knechtschaft. Denn der Herr hat auf ihre Person ein Eigenthumsrecht. Man kann sie 1) veräußern, verkaufen, verschenken u. s. w. An einigen Orten nur mit dem Gut, an andern auch ohne das Gut. 2) Sie können ohne Erlaubniß des Herrn vom Gut nicht wegziehen (fundo adscripti sunt), und wenn sie es thun: so hat der Herr das Recht, sie zu vindiciren, das Abforderungsrecht, Besatzungsrecht. 3) Sie müssen Dienste von mancherley Art, Handdienste und Spanndienste leisten: zuweilen

gemessene, zuweilen ungemessene: auch 4) Abgaben entrichten, die man Leibzinsen nennt. 5) Müssen sie für die Erlaubniß zu heyrathen, an vielen Orten ein Stück Geld bezahlen; es heißt Bedemund, Hemdschilling, Frauenzins (maritagium) u. d. gl., und 6) bekommt der Herr an manchen Orten etwas aus der Verlassenschaft des Leibeigenen (mortuarium). Dieses ist bald ein gewisses Stück Geld, bald ein Theil der Mobiliarverlassenschaft, bald etwas anders. Der Herr hat das Recht, sie mit Zwangsmitteln zur Erfüllung ihrer Pflichten anzuhalten, welches der Dienstzwang heißt. Zuweilen hat er auch die Jurisdiction über sie, Civil- oder auch Criminaljurisdiction. Wenn er diese letzte (in ihrem ganzen Umfange) hat, so kann er auch ein Todesurtheil über seine Leibeigenen aussprechen. Indessen sind doch die Leibeigenen von den Römischen Sklaven unterschieden. Denn sie haben das ius connubii, das heißt, wenn sie heyrathen, so hat ihre Ehe alle Wirkungen, welche die Ehe freyer Menschen hat. Man s. unten §. 126. Sie können Eigenthum haben. Wenn sie dem Herrn ihre Dienste und Abgaben geleistet haben, und alsdann noch etwas erwerben können, so gehört es ihnen. Ueber dieses ihr Eigenthum können sie auch Contracte, Kauf-, Tausch-, Miethcontracte schließen. Endlich haben sie, wenigstens in vielen deutschen Provinzen, das Recht, ein Testament zu machen. Die weitere Ausführung dieser Sache gehört nicht in die Institutionen, sondern in das Deutsche Recht. Als Leibeigner kann übrigens jemand gebohren seyn, wenn er von leibeignen Eltern abstammt; er kann es aber auch werden, wenn er sich freywillig in die Leibeigenschaft begiebt. Es giebt auch Gegenden in Deutschland, wo die Luft eigen macht, d. i. wo jeder, der sich an dem Ort als Bauer niederläßt, leibeigen wird. An andern Orten wird man leibeigen, wenn man eine leibeigene Weibsperson heyrathet, und dieß wird durch das Sprüchwort ausgedrückt: tritst du meine Henne, so wirst du mein Hahn (*4).

Endlich giebt es in Deutschland auch freye Knechte und Mägde, die ihre Dienste einem Herrn vermiethen. Sie sind schuldig, den versprochenen Dienst zu thun, und der Herr ist verbunden, ihnen die ausbedungene Kost und Lohn zu reichen. Wenn sie ihre Schuldigkeit nicht thun, so ist der Herr befugt, sie zu züchtigen (*5). Sie haben übrigens alle Rechte anderer freyen Personen.

(1) *Boehmer* de act. sect. 2. cap. 1. §. 10. et not. p. Schmidt Lehrbuch von Klagen §. 254.

(2) *Sammermann* ad Prota pandect. lib. 1. tit. 5. §. 60.

(3) Im neuen Preußischen Landrechte II. 5. 196. ist die Sklaverey völlig abgeschafft. — Daraus indessen, daß der Neger oder Türkensklave durch Betretung des deutschen Bodens die völlige persönliche Freyheit nicht gleich erlangt, Hymmen Beyträge zur Jurist. Litterat. in den Preuß. Staaten VI. 296. folgt noch keineswegs, daß beyde nun gänzlich nach den Vorschriften des Römi-

schen Rechtes über die Knechte, mithin bloß als Sachen, ohne persönliche Rechtsfähigkeit behandelt werden müssen, da in diesen Vorschriften so vieles auf bloß Römischen Einrichtungen, die in Deutschland gar nicht Statt finden, und auf Grundsätzen des damaligen Völkerrechts beruht, die man jetzt unläugbar nicht mehr annimmt. Hugo civilist. Magaz. I. 3. 356 ꝛc. W.

(4) Von der Leibeigenschaft überhaupt s. Runde deutsches Privatrecht §. 536. u. s. f.

(5) Strube rechtl. Bed. 3. Th. 39. Bed. *Müller* ad *Leyser* obs. 86.

§. 71. Eintheilung der freyen Menschen.

Bisher haben wir gesehen, was bey den Sklaven Rechtens war. Wir gehen nun zu den freyen Personen. Diese sind entweder Freygebohrne, oder Freygelassene. Die Rechte der Freygebohrnen kommen im vierten, die Rechte der Freygelassenen im fünften Titel vor.

TIT. IV.
DE INGENUIS.

§. 72. Was ist ein ingenuus?

Ingenuus heißt ein Mensch, der von einer freyen Mutter gebohren, und nie in einer rechtmäßigen Sklaverey (servitute iusta) gewesen ist. Also a) von einer freyen Mutter muß er gebohren seyn. Darauf, wer sein Vater ist, ob er ein freyer Mensch oder ein Sklave ist, kommt nichts an. b) Er muß nie in einer rechtmäßigen Sklaverey gewesen seyn. Wenn ich gleich von einer freyen Mutter gebohren, aber in einer rechtmäßigen Sklaverey gewesen bin, so bin ich kein ingenuus mehr, sondern ein libertinus. Hingegen wenn ich von einer freyen Mutter gebohren, und in einer unrechtmäßigen Sklaverey (servitute iniusta) gewesen bin, so bleibe ich ein ingenuus (*1) s. §. 68.).

Anmerkung. 1) Das Wort ingenuus kommt entweder von *gignere* her; dem ingenuo ist die Freyheit angebohren, ingenita est libertas; oder von *genus*; die Freyheit steckt bey ihm in der Art, in genere.

2) Die ingenui heißen zuweilen schlechtweg und vorzugsweise liberi, obgleich die Freygelassenen auch *liberi* sind. Z. E. in L. 4. D. *de iust. et iur.* heißt es, die Menschen seyen dreyerley, *liberi, liberti* und *servi*. Offenbar bedeutet hier das Wort liberi die ingenuos (*2).

(1) Saepissime enim constitutum est, sagt §. 1. h. t. natalibus non officere manumissionem. — — Uebrigens ist die gesetzliche Definition pr. I. h. t. ingenuus est is, qui statim, ut natus est liber est, nicht ganz zutreffend; denn dies könnte immer noch ein Freygelassener seyn, z. B. wenn eine Sklavin schwanger ist, und der Herr dem Kinde, womit sie niederkommen wird, im Voraus die Freyheit schenket. *Koch* meditat. ad Schaumburg. Dig. p. 27. W.

(2) *Finestres* ad Hermogenian. p. 834. sqq.

§. 73. Fortsetzung.

Ingenuus ist, wer von einer freyen Mutter gebohren ist. Dieses wird in diesem Paragraph noch näher erklärt. Es ist nemlich nicht nöthig, daß die Mutter ihr ganzes Leben hindurch frey war. Wenn sie nur frey war zur Zeit, da sie das Kind concipirte, oder zur Zeit der Geburt, oder während der Schwangerschaft einen Augenblick lang: so ist das Kind schon ingenuus. Man denke sich den Fall, daß eine freye Römische Weibsperson nach der Conception in die feindliche Gefangenschaft fiel; oder daß eine im Kriege gefangene Römerin in der Gefangenschaft das Kind concipirte, und während der Schwangerschaft wieder frey wurde; oder daß sie als Kriegsgefangene concipirte, während der Schwangerschaft aus der Gefangenschaft kam, zur Zeit der Niederkunft aber wieder gefangen war. In diesen drey Fällen war das Kind ein ingenuus. Dieser Satz ist, wie der §. sagt, ob favorem ingenuitatis angenommen. Die Gesetzgeber begünstigen die Ingenuität, sie wollen lieber, daß ein Mensch ingenuus, als daß er libertinus sey. Daher fordern sie nicht, daß die Mutter ihre ganze Lebenszeit hindurch frey gewesen sey, sondern sind damit zufrieden, wenn sie es nur in einem der vorhin bestimmten Zeitpuncte war.

TIT. V.

DE LIBERTINIS.

§. 74. Was ist ein Freygelassener?

Libertinus, ein Freygelassener heißt, der von einer rechtmäßigen Sklaverey (servitute iusta), befreyt worden ist (*1). Wenn ich also entweder als Sklave gebohren, und nachher freygelassen worden bin, oder wenn ich ein Freygebohrner war, und nachher in eine rechtmäßige Sklaverey gerieth, nun aber wieder davon frey werde: so bin ich in beyden Fällen libertinus (*2).

(1) pr. I. h. t. L. 6. D. de statu hom. Man s. *Thomasii* diss. de usu pract. distinct. hom. in ingenuos et libertinos C. 1. §. 11. not. N.

(2) Indessen bekam ein Römischer Bürger, der durch Gefangenschaft in des Feindes Gewalt und in Sklaverey gerieth, oft durch das ius postliminii seine Ingenuitätsrechte wieder (§. 303.) Die vorzüglichste Schrift in dieser Materie ist *Guil. a Loon* Eleutheria sive de manumissione servorum apud Romanos libri 4. Ultrai. 1685. 12. in *Polenii* thesauro antiq. Tom. III. n. 6.

§. 75. Verschiedene Gattungen der Freygelassenen.

Die Befreyung aus der Sklaverey geschieht zuweilen ipso iure, das heißt, weil es die Gesetze wollen, ohne Zuthun des Herrn (*1); meistens aber durch die **Manumission**, oder **Freylassung**. Ohne Manumission wurde

ein Sklave frey, wenn er den gewaltsamen Tod seines Herrn der Obrigkeit anzeigte; wenn er Krankheits wegen vom Herrn ausgestoßen wurde; wenn er einen falschen Münzer, Jungfrauenräuber, oder Deserteur entdeckte; wenn ein jüdischer Sklave die christliche Religion annahm, u. s. w.

Die Manumission ist die Handlung des Herrn, wodurch er seinen Sklaven für frey erklärt. Der Sklave war eine res, eine eigenthümliche Sache. So gut als ich meine anderen Sachen veräußern kann, so gut kann ich auch meinem Eigenthum über den Sklaven entsagen, und ihn frey lassen.

(1) Die Definition eines libertini, pr. I. h. t. qui ex iusta servitute *manumissus* est, ist also nicht adäquat. — vergl. tit. Dig. *qui sine manumiss. ad libert. perven.* (XL. 8.) Vermöge L. 4. D. *de iust. et iure* hält übrigens *Vinnius* die Lesart pr. I. h. t. servitus *ingenuitatem* invasit unrichtig, und will das Wort ingenuitatem getilgt wissen. Es läßt sich aber nach dem Zusammenhange allerdings rechtfertigen, da dieser so viel andeutet, daß der Mensch von Natur freygebohren, iure gentium aber dagegen die Sklaverey eingedrungen sey. W.

§. 76. Die Freylassung ist entweder feyerlich oder nicht. Gattungen der feyerlichen.

Man hatte aber zweyerley Arten, einen Sklaven frey zu lassen; feyerliche und nicht feyerliche. Die feyerlichen waren größtentheils in den ältesten Zeiten schon bekannt; die nicht feyerlichen wurden erst in den neuern Zeiten üblich. Zu den feyerlichen gehört manumissio *per censum*, *testamentum*, *vindictam*, wozu noch neuerlich manumissio *in sacrosanctis ecclesiis* kam. Nemlich alle 5 Jahre mußte ein jeder Römischer Bürger vor dem Censor erscheinen, seinen Namen, Alter, seine Kinder und sein Vermögen angeben; dieß wurde in ein Protokoll (tabulas censuales) eingetragen; und diese ganze Anstalt hieß census. Wenn nun der Herr seinen Sklaven in das Protokoll als einen freyen Menschen einzeichnen, und bey der Feyerlichkeit, welche *lustrum* hieß, zugegen seyn ließ (*1); so war dieß *manumissio per censum*. Erklärte der Herr in einem Testament den Sklaven für frey, so war es manumissio *per testamentum*. Und wenn endlich der Herr vor der Obrigkeit, in Rom vor dem Prätor oder Consul (§. 36.), in den Provinzen vor dem Gouverneur (coram proconsule) mit gewissen Ceremonien den Sklaven frey ließ: so hieß es manumissio *per vindictam*. Der Name soll, wie Einige wollen, daher kommen, weil der erste auf diese Art freygelassene Sklave Vindicius oder Vindex hieß (*2). Endlich *manumissio in sacrosanctis ecclesiis* bestund darin, daß man vor der christlichen Gemeinde in der Kirche den Sklaven für frey erklärte, und ihm einen Freylaßbrief gab, den die Geistlichen als Zeugen unterschrieben (*3).

(1) Ehe das letzte geschehen war, konnte, wie *Heineccius* antiquit. h. t. §. 3.

mit andern behauptet, der Herr seinen Willen ändern, und den Sklaven behalten. Allein man s. *Ernesti* ad Tac. Ann. XIII. 27. ad verb. *quos vindicta.*

(2) Andere leiten das Wort von vindicare her. *Theophilus* h. t. § 4.

(3) L. 1. 2. C. de his qui in SS. eccles. *van Beem* diss. de manumissionibus in SS. ecclesiis, in *Oelrichs* thesaur. nov. diss. Belgicar. Vol. 2. Tom. 1.

§. 77. Gattungen der nicht feyerlichen.

Die feyerlichen Arten, frey zu lassen, waren bestimmt; nicht so die, welche ohne Feyerlichkeit geschahen: denn so oft der Herr auf irgend eine Weise mit Worten oder Werken erklärte, daß sein Sklave frey seyn sollte, so ward er frey. Die gewöhnlichsten Arten, ohne Feyerlichkeiten frey zu lassen, sind 1) *per epistolam.* Man gab dem Sklaven einen Laßbrief; ein schriftliches Document, daß er frey seyn solle. Nach Justinians Verordnung L. un. C. *de lat. lib. toll.* sollen 5 Zeugen diesen Laßbrief unterschreiben. 2) *Inter amicos.* Der Herr erklärte in Gegenwart von 5 Zeugen mündlich den Sklaven für frey (*1). 3) *Per convivium*; die Sklaven saßen nicht mit ihren Herren zu Tische, so wenig als bey uns, unter Leuten von einigem Stande, die Knechte und Mägde. Wer also seinem Sklaven erlaubte, mit ihm zu Tische zu sitzen, der erklärte ihn eben dadurch für frey. 4) *Per nominationem filii.* Wenn ich meinen Sklaven vor Gericht beyläufig meinen Sohn nenne; so wird zwar der Sklave dadurch kein Sohn von mir (denn dazu gehört eine förmliche Adoption), aber doch ein freyer Mensch (*2).

(1) Eine sonderbare Erklärung dieser Manumissionsart s. bey *Io. Cannegieter* ad Ulpian. fragm. tit. 1. §. 10. p. 10. am Ende. Es war, sagt er, manumissio testificatione amicitiae facta, cum dominus servum suum in amicitiam recipit.

(2) §. 12. I. de adopt. ibique. *Heinecc.* ad *Vinn.* Andere erklären die Sache anders. *Herm. Cannegieter* obs. p. 215. *Maians.* ad XXX. fragment. I. p. 10. seqq. Einige behaupten, die Wirkungen der feyerlichen Manumission und der nicht feyerlichen seyen sehr unterschieden gewesen. Wenn eine Manumission nicht feyerlich geschehen sey, so habe der Freygelassene von seinem vorigen Herrn nach Gefallen wieder in die Sklaverey reclamirt werden können. Eine solche Manumission habe blos vor sklavischen Diensten geschützt, übrigens sey man ein völliger Sklave geblieben. Man s. Hugo civilistisches Magazin 1. B. 222. S. Ich kann mich aber von dieser Meynung, ob sie gleich die Authorität des Dositheus für sich hat (*Schulting.* iurispr. anteiust. p. 804.) nicht überzeugen. S. *Ernesti* ad Tac. ann. l. c. XIII. 27.

§. 78. Rechte der Freygelassenen.

Nach den alten Römischen Gesetzen wurden alle Freygelassene nicht nur freye Leute, sondern erhielten auch, wenn sie in Rom blieben, das Römische Bürgerrecht. König Servius Tullius hatte dieses verordnet. Unter seinen Gesetzen war eins, welches sagte: ut libertini, nisi vellent in patriam redire, ius civium romanorum consequerentur (*1).

(1) *Dionys. Hal.* lib. 4. cap. 22. seqq. (p. 226. seqq.) edit. *Sylburg.*

§. 79.

§. 79 Fortsetzung.

Als aber die Römer viele Siege über auswärtige Nationen erfochten, und viele Kriegsgefangene machten: so ward die Anzahl der Sklaven in Rom sehr groß. Manche waren so glücklich, von ihren Herren die Freylassung zu erhalten, und darunter war denn eine ziemliche Menge Taugenichtse und liederliches Gesindel. Es wurden daher auch verschiedene Gesetze hiegegen gegeben, und besonders durch die L. Aeliam Sentiam und Iuniam Norbanam, das alte Recht abgeschafft. Ein Freygelassener bekam nur in gewissen Fällen das volle Römische Bürgerrecht, in andern Fällen bekam er ein unvollständiges (iura *Latinorum*); noch in andern kam er zwar aus der Gewalt des Herrn, war aber übrigens nicht viel besser als ein Sklave, er erhielt nur iura *dedititiorum*, die Rechte der Völker, die sich den Römern auf Gnade und Ungnade unterworfen hatten.

§ 80. Fortsetzung.

Justinian hat diese Gesetze aufgehoben, das alte Römische Recht wieder eingeführt, und allen Freygelassenen das Bürgerrecht ertheilt. Ja er ist noch weiter gegangen, und hat die ganze Distinction zwischen Freygebohrnen und Freygelassenen bis auf das *ius patronatus* abgeschafft. Dieses Patronatrecht also macht nun den einzigen Unterschied unter beyden Arten von Menschen aus.

§. 81. Vom Patronatrechte.

Man versteht darunter den Inbegriff von Rechten, welche ein Patron über seinen libertum hatte. Wenn ich nemlich einen Sklaven frey lasse, so heißt er mein *libertus*, ich sein *patronus*. Ein libertus hatte seinem Patron viel zu danken. Er war ihm die Freyheit, ein unschätzbares Gut, schuldig. Er hatte es ihm zu danken, daß er eine Person geworden war, und Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft geniessen konnte. Daher wurde der Patron als der nächste Verwandte, als der Vater des Freygelassenen angesehen, und der Freygelassene nahm auch den Namen des Patrons an.

§. 82. Fortsetzung.

Daher war ferner der libertus dem Patron 1) Ehrerbietung schuldig, und wenn er diese verletzte, so konnte er in die Sklaverey zurückgezogen werden (§. 68.). 2) Der libertus mußte dem Patron operas officiales leisten, aber keine fabriles, wenn er sie ihm nicht feyerlich versprochen hatte. Nemlich die Dienste, welche dem Patron blos zur Ehre gereichten, hießen officiales; die hingegen, welche ihm einträglich waren, fabriles. Wenn z. E. der Patron um ein obrigkeitliches Amt nachsuchte, und als Candidat auf das Marsfeld gieng: so mußten ihn seine Freygelassene begleiten, und dieß war eine opera officialis. Wenn hingegen der Freygelassene dem Patron Schuhe

oder Kleider verfertigte, so leistete er ihm operas fabriles. Endlich 3) erbte der Patron von dem Freygelassenen, wenn dieser ohne Kinder starb, zuweilen das ganze Vermögen, zuweilen ein Drittheil, wie Lib. 3. Tit. 8. gezeigt werden wird.

§. 83. Vom heutigen Gebrauch dieser Materie.

Daß wir die verschiedenen Arten der Römischen Manumissionen heutzutage nicht haben, ist ausser Zweifel. Einen Sklaven manumittiret man durch eine mündliche oder schriftliche Erklärung ohne Feyerlichkeiten. Wer einen Leibeigenen frey lassen will, giebt ihm ein Document, das ein Laß- oder Freybrief heißt, und ein solcher Leibeigener ist nun so frey, als ein anderer Mensch; das Patronatrecht über ihn fällt weg. Ob aber dieß auch behauptet werden könne, wenn jemand einen Negersklaven frey läßt, daran zweifle ich. Ich glaube, daß in diesem Fall das Römische Recht angewandt werden müsse; folglich dem Freylasser die Patronatrechte über den Freygelassenen allerdings zustehen (*).

*) Vergl. jedoch §. 70. not. 3.

§. 84. Klage aus dem Zustand der Freyheit.

Aus dem Zustand der Freyheit entstehen vier Klagen. 1) *Actio praejudicialis de statu libertatis negativa*.(*1), wenn der Herr gegen den Sklaven klagt, der sich für einen freyen Menschen ausgiebt. Der Herr muß bey dieser Klage seine herrschaftliche Gewalt (potestatem dominicam) beweisen.

2) *Actio praejudicialis de statu libertatis affirmativa*. Ein freyer Mensch, der sich in einer ungerechten Knechtschaft befindet, stellt sich gegen seinen anmaßlichen Herrn an, und bittet, daß man ihn für frey erkläre. Auch hier muß der Kläger den Beweis seines Klaggrundes führen, nemlich die Freyheit beweisen. Nach dem alten Römischen Recht konnte er nicht selbst klagen, sondern ein Anderer mußte es thun, welcher assertor hieß. Allein nach der L. 1. Cod. de assert. toll. (VII. 17.), kann er in eigener Person, oder auch durch einen Bevollmächtigten klagen. Beyde Klagen werden übrigens unter dem Namen *liberalis causa* begriffen, und können auch bey Leibeigenen angewendet werden; oder wie die Juristen reden, sie haben bey den Sklaven directe, bey den Leibeigenen utiliter Statt. Wenn sich nemlich mein Leibeigener für einen freyen Menschen ausgiebt, so kann ich ihn *actione de libertate negativa utili* belangen; und wenn ein freyer Mensch mit Unrecht als Leibeigener behandelt wird, so kann er *actionem de libertate affirmativam utilem* anstellen.

Die dritte hieher gehörige Klage ist *actio de ingenuitate negativa*. Wenn sich mein Freygelassener die Rechte eines ingenui anmaßt, so stelle

ich diese Klage gegen ihn an, und bitte, ihn für meinen Freygelassenen zu erklären, und mir die Patronatrechte über ihn zuzusprechen.

Endlich die vierte ist *actio de ingenuitate affirmativa*. Sie wird von einem Freygebohrnen angestellt, wenn sich jemand mit Unrecht die Patronatrechte über ihn anmasset. Das Gesuch ist: den Kläger für einen freygebohrnen Menschen zu erklären, und dem Beklagten zu befehlen, daß er sich des angemaßten Patronatrechts enthalte.

(1) Einige, z. E. *Suendendoerfer* de act. forens. cap. 2. art. 1. 2. und Schmidt, Lehrbuch von Klagen, §. 249. nennen die Klage, welche der Herr anstellt, affirmativam, und die entgegengesetzte negativam.

TIT. VI.

QUI ET EX QUIBUS CAUSIS MANUMITTERE NON POSSUNT.

§. 85. Die Freylassungen sind durch das Aelisch-Sentische Gesetz eingeschränkt.

In den letzten Zeiten des Freystaates, als der Luxus und das Verderben der Sitten überhand nahm, fingen die Römer an, in den Freylassungen der Sklaven auszuschweifen. Wenn z. E. ein Sklave seinem jugendlichen Herrn in allen Lastern und Ausschweifungen behülflich war, so bat er sich die Manumission zur Belohnung aus. Ein verschuldeter Herr ließ oft seine Sklaven los, um nach ausgebrochenem Concurs bey ihnen eine Zuflucht zu finden, that aber eben dadurch seinen Gläubigern einen offenbaren Schaden. Daher wurde im Jahr 757. die schon vorhin (§. 79.) angeführte lex Aelia Sentia gemacht, welche, ausser den dort angezeigten Verordnungen, auch folgende zwey enthielt.

§. 86. Fortsetzung.

Daß 1) die von einem verschuldeten Menschen zum Schaden seiner Gläubiger geschehene Freylassung ungültig seyn sollte; 2) daß ein Mensch vor dem zwanzigsten Jahre seines Alters nicht anders manumittiren sollte, als vor einem dazu bestellten Collegium, dem er eine hinlängliche Ursache der Freylassung beweisen mußte, pr. §. 4. I. h. t.

Anmerkung. Lex Aelia Sentia hat noch mehrere Verordnungen enthalten. Heineccius hat in seinen Antiquitäten h. t. vierzehen Capitel dieses Gesetzes gesammelt, und mit einem Commentar erläutert.

§. 87. Abschaffung dieses Gesetzes.

Justinian hat das vorhin angeführte erste Capitel des Aelisch-Sentischen Gesetzes unverändert gelassen, das zweyte aber zum Theil abgeschafft. Denn nach diesem zweyten Capitel konnte ein Mensch vor dem zwanzigsten Jahre nicht anders manumittiren, als unter den Lebendigen. Er mußte

vor dem Manumissionscollegium erscheinen, und die Ursache der Manumission darthun. Also in einem Testament konnte er gar nicht manumittiren. Justinian aber hat dieses erlaubt. In den Institutionen §. ult. h. t giebt er einem Menschen nach zurückgelegtem 17ten Jahre die Erlaubniß, im Testament freyzulassen. In der Nov. 119 geht er noch weiter, und verstattet dieses jedem, so bald er nur mündig ist. In soweit also ist lex Aelia Sentia aufgehoben (*1).

(1) Weiter nicht, *Branchu* obs. iuris cap. 8. — In §. 7. I. h. t. sind die Worte: sed cum libertas inaestimabilis res sit etc. den Auslegern etwas anstößig, in sofern dadurch der Grund der hier vorkommenden Anordnungen bezeichnet werden soll. Man sehe *Vinnii* commentar. ad l. c. vergl. jedoch *Püttmann* probab. iur. civ. cap. 12. n. 3. W.

TIT. VII.
DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLENDA.

§. 88 Auch das Fusisch-Caninische Gesetz schränkte die Freylassung ein.

Ein zweytes Gesetz aus Augusts Zeiten, wodurch man die allzuhäufigen Manumissionen einzuschränken suchte, war lex Fusia Caninia. Es betraf die in Testamenten enthaltenen Freylassungen. Die Römer ließen zuweilen aus übelverstandener Barmherzigkeit oder aus Ehrbegierde auf dem Todbette alle ihre Sklaven frey. Denn die Freygelassenen begleiteten die Leiche, und eine große Anzahl derselben gab dem Verstorbenen das Ansehen eines reichen und zugleich freygebigen Mannes. Unter diesen Leichenbegleitern waren nun oft, wie Dionys von Halicarnaß sagt, die schändlichsten Bursche, Leute, die einige Tage zuvor erst aus dem Gefängniß entlassen worden waren; Leute, die den Tod mehr als Einmal verdient hatten. Lex Fusia Caninia verordnete daher, daß man nur eine gewisse Zahl seiner Sklaven im Testament sollte freylassen können. 1) Wer 10 oder weniger Sklaven hatte, durfte nur die Hälfte manumittiren. 2) Wer zwischen 10 und 30 besaß, konnte ein Drittel davon freylassen. 3) Hatte jemand zwischen 30 und 100: so konnte er dem vierten Theil die Freyheit geben. 4) Wenn einer zwischen 100 und 500 hatte: so durfte er den fünften Theil los lassen. 5) Hatte jemand endlich über 500 Sklaven: so durfte er 100, und nie mehr, manumittiren (*1).

(1) Umständlich handelt von der lege Fusia Caninia *Maiansius* in disp. pag. 58. sqq.

§. 89. Aufhebung dieses Gesetzes.

Justinian hat auch dieses Gesetz aufgehoben. Der Grund, den er anführt, ist: es sey unbillig, einem Sterbenden zu verbieten, was ein Mensch

bey gesunden Tagen thun dürfe. Da also ein Gesunder alle seine Sklaven freylassen könne, so müsse dieses auch einem Sterbenden erlaubt seyn. Allein dieser Grund ist nichts weniger, als bündig. Einem Gesunden braucht man das Manumittiren nicht zu verbieten, es streitet mit seinem Vortheil, er braucht seine Sklaven. Ein Sterbender hingegen kann leicht durch Barmherzigkeit oder Ehrgeitz verleitet werden, mehr Sklaven frey zu lassen, als dem allgemeinen Besten zuträglich ist (*1).

(1) *Ephr. Gerhard* diss. de lege Fusia Caninia, a Iustiniano sublata, (Ien. 1707.) §. 15. 16. Die Ursachen, welche den Justinian bewogen, die alten Gesetze über die Manumissionen aufzuheben, untersucht *Quirin. Gottfr. Schacher* diss. de Iustiniano manumissionum fautore, Lips. 1735.

DE STATU CIVITATIS.

§. 90. Eintheilung der Menschen in Rücksicht auf diesen Zustand.

Der zweyte status civilis ist status civitatis (§. 62.). In Rücksicht auf diesen Zustand sind die Menschen entweder Bürger oder Nichtbürger, Fremde; aut *cives* aut *peregrini*. In den alten Zeiten Roms war dieses eine Distinction von der größten Wichtigkeit. Denn das Römische Bürgerrecht (ius civitatis romanae, ius Quiritium) begriff sehr große und ansehnliche Rechte. Das ius civitatis publicum enthielt das ius census, militiae, tribus, suffragiorum, honorum, sacrorum; das ius civitatis privatum aber das ius agnationis, gentilitatis, legitimi oder quiritarii dominii, usucapionis, connubii, patriae potestatis, hereditatis. Hier ist nicht der Ort, dieß alles aus einander zu setzen. Man findet die Ausführung bey Sigonius (*1) und Heineccius (*2).

In den alten Zeiten hielt es sehr schwer, wenn ein Volk das Römische Bürgerrecht erhalten wollte. Zuerst bekamen es in gewisser Maaße die Einwohner von Latium; nachher die sämmtlichen Bewohner Italiens; endlich gab ein Kayser Antonin die in L. 17. D. de *statu hominum* erwähnte Verordnung, daß alle freygebohrne Unterthanen des Römischen Reichs das Römische Bürgerrecht haben sollten. Ob M. Aurelius Antoninus, oder Antoninus Caracalla der Urheber dieser Verordnung ist, desgleichen ob Menschenliebe oder Eigennutz der Grund davon war, ist zweifelhaft: Spanheim und Andere (*3) halten den K. Caracalla für den Gesetzgeber, und Geitz für den Grund des Gesetzes. Sie glauben, Caracalla habe es zu dem Ende gegeben, damit alle Römische Unterthanen die Abgaben bezahlen sollten, die bisher nur von Römischen Bürgern entrichtet worden waren (*4). Als Justinian den Unterschied zwischen Freygebohrnen und

Freygelassenen aufhob (§. 80.): so erhielten nun auch die Freygelassenen das Römische Bürgerrecht. Der Unterschied zwischen Bürgern und Fremden verlohr also seinen Nutzen größtentheils, nicht gänzlich denn in Ansehung der Ausländer, die keine Römische Unterthanen waren, behielt er seine Wirkungen. Justinian hat übrigens seiner in den Institutionen gar nicht gedacht, entweder weil er ihn nicht für sehr wichtig hielt, oder weil er ihn zum Römischen Staatsrecht rechnete, welches er in den Institutionen nicht vortragen wollte.

(1) *Sigon.* de antiquo iur. civ. rom. lib. 1. cap. 6. sqq.

(2) *Heinecc* elem. antiquit Adp. lib. 1. cap. 1. § 23 sqq. S. auch *Franc. Car. Conradi* commentat. acad. de iure Quiritium a civitate romana non diverso, Helmst. 1734. *Trekell* select. antiquitat. rom. Part. 1. cap. 4 *Corn. Valer. Vonck* observat. miscell. p. 104. *Püttmann* ad *Mascov* opusc. p. 108.

(3) *Ez. Spanheim* in orbe rom. Exerc. 2. Cap. 1. sqq. *I. F. IV. Pagenstecher* select. iur. quaest. num 4. *Schulting.* thes. controv. dec. 2. thes 8.

(4) Man s. aber *Io. Paul Mahner* comment. de M. Aurelio Antonino, constitutionis de civitate universo orbi romano datae auctore, Hal. et Helmst. 1772. 8. worin verschiedene nicht unerhebliche Zweifel gegen die Spanheimische Meynung vorgetragen werden.

§. 91. Heutiger Gebrauch dieser Eintheilung.

In Deutschland hat man nie einen so großen Unterschied zwischen Bürgern und Nichtbürgern, Einheimischen und Fremden gemacht, als bey den Römern. Man hat die Fremden, der Regel nach, nach denselben Gesetzen gerichtet, wie die Einheimischen. Indessen sind durch specielle Gesetze den Bürgern doch Vorrechte vor den Fremden zugestanden worden. Von dergleichen Gesetzen giebt es dreyerley Arten. Einige betreffen das ganze Deutsche Reich, andere die einzelnen Provinzen, noch andere einzelne Orte. Daher giebt es in Deutschland ein dreyfaches Bürgerrecht: das allgemeine deutsche, das provinziale und das locale (*1).

Das allgemeine deutsche ist der Inbegriff der Rechte, welche einem aus dem Grunde zustehen, weil er ein Unterthan und Mitglied des Deutschen Reichs ist; weil er in irgend einer Stadt, einem Dorfe rc. des deutschen Reichs als Unterthan sich aufhält. Und dieser Rechte sind wenige. Vermöge der Kayserlichen Wahlkapitulation soll der Kayser Niemand in den Fürsten- oder Grafenstand erheben, als wer dem Deutschen Reiche unterworfen ist; welches aber nicht so genau beobachtet wird. Auf den Kayserlichen Posten in Deutschland sollen keine Personen, welche keine Reichsunterthanen sind, angestellt werden (*2). Das Provinzialbürgerrecht begreift die Rechte, welche einem zukommen, weil er der Einwohner eines Deutschen Territoriums, und der Unterthan eines Landesherrn ist. Die Landeskinder haben z. E. an den meisten Orten ein vorzügliches Recht auf Beförderungen

und Stipendien. Auch in einigen Provinzen haben die Einheimischen das Abtriebsrecht, oder den Vorzug vor einem Fremden, wenn liegende Güter verkauft werden. In einigen Provinzen werden in Concursen die einheimischen Gläubiger den ausländischen vorgesetzt ꝛc. Endlich das locale Bürgerrecht ist der Inbegriff der Rechte, welche einem zustehen, weil er Bürger einer Stadt, oder Mitglied einer Dorfgemeinde ist. Dieses führt mancherley Vortheile mit sich, das Recht an den gemeinen Nutzungen (rebus universitatis), Weidgang, Beholzigungen, u. d. gl. Theil zu nehmen, öffentliche Aemter in der Gemeinde zu bekommen; zuweilen auch das Recht, ein Haus an dem Orte zu besitzen, bürgerliche Nahrung zu treiben, u. s. w. In den Reichsstädten ist es wichtig (*[3]).

Von dem Bürgerrecht ist die **Eingebohrenheit** oder der **Indigenat** unterschieden. Wer im deutschen Reiche, wer in irgend einer deutschen Provinz, wer in einer Stadt von Deutschland gebohren ist, der hat den Indigenat im deutschen Reiche, in der Provinz, in der Stadt, und, vermöge dessen zuweilen Vorrechte vor auswärts Gebohrnen. — Man kann das Bürgerrecht ohne den Indigenat haben, man kann auch umgekehrt ein Eingebohrner, und doch nicht Bürger seyn. Das letzte ist klar genug. Allein auch von dem ersten, daß man Bürger einer Provinz seyn, und doch nicht alle Rechte der Eingebohrnen haben kann, finden sich Beyspiele. So sind z. E. im Dänischen und Holsteinischen alle im Auslande Gebohrne von Staatsbedienungen ausgeschlossen, wenn sie gleich durch Aufnahme das Bürgerrecht erhalten haben. So kann man auch ein Unterthan und Bürger im deutschen Reiche seyn, und hat doch die Rechte des deutschen Indigenats nicht. Die ausser Deutschland Gebohrnen nemlich sind unfähig, die wichtigen Reichsbedienungen, z. E. Reichshofrathsstellen zu erhalten, zu den Präbenden der deutschen Stifter zu gelangen, und in den deutschen Orden aufgenommen zu werden.

(1) Runde Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 312. u. f. f.

(2) Vormals galt in Deutschland auch das Fremdlingsrecht, Heimfallsrecht, *ius albinagii*, droit d'aubaine, vermöge dessen die Güter eines in einem Lande verstorbenen Ausländers, der das Bürgerrecht nicht erlangt hatte, dem Fiscus zufielen. Kayser Friedrich II. hat es in der Auth. *omnes peregrini* Cod. commun. de success. (VI. 59.) aufgehoben. Indessen hat man es immer noch gegen die Franzosen, die in Deutschland starben, ausgeübt, weil es in Frankreich gegen die Deutschen ausgeübt würde, bis es in den neuern Zeiten durch Conventionen zwischen Frankreich und fast allen Deutschen Reichsständen aufgehoben worden ist. Schlözers Briefwechsel 52. Heft, 272. Seite. Am 6ten Oct. 1790 wurde es durch ein Decret der Französischen Nationalversammlung in Frankreich völlig abgeschafft.

(3) Eichmann verwirft in s. Band 3. Th. S. 11. die vorgetragene Eintheilung des Bürgerrechts; allein meines Erachtens nicht mit hinlänglichem Grunde.

TIT. VIII.

DE HIS, QUI SUI VEL ALIENI IURIS SUNT.

§. 92. und 93. Eintheilung der Menschen im Familienzustande.

Der dritte bürgerliche Zustand ist der *status familiae.* Man bemerke: 1) das Wort familia hat im Römischen Rechte mancherley Bedeutungen. Man versteht darunter a) den Inbegriff aller Dinge, die ein Mensch in seinem Vermögen hat, insonderheit die Verlassenschaft eines Verstorbenen. So sagen z. E. die Gesetze der zwölf Tafeln: pater familias uti legassit super *familia* sua, ita ius esto. In den Pandecten handelt ein Titel: de *familia* herciscunda, d. i. von Theilung der Verlassenschaft. *Familiae emtor* heißt der Käufer einer Erbschaft. Oft bedeutet es b) die sämmtlichen Sklaven, die ein Herr in seinem Hause hat. So heißt es in einem Prätorischen Edict: unde tu illum vi deiecisti, aut familia tua (d. i. deine Sklaven) deiecit etc. (*2). Man versteht ferner c) einen Complexus von Agnaten darunter; oder von Personen, die von einem gemeinschaftlichen Stammvater durch Mannspersonen abstammen (§. 119. Note). Endlich d) bedeutet es einen Inbegriff von Personen, deren einer, als Vater oder als Herr, andern als Kindern oder Sklaven zu befehlen hat. In dieser Bedeutung wird es genommen, wenn man vom statu *familiae* spricht.

2) In Absicht auf den Familienzustand sind die Menschen also entweder sui oder alieni iuris. Der, welcher einer Familiengewalt unterworfen, in der väterlichen oder herrschaftlichen Gewalt ist, heißt *homo alieni iuris*; wer unter keiner von beyden stehet, *homo sui iuris*, sein eigner Herr, ein gewaltfreyer Mensch. Die homines alieni iuris sind demnach a) Söhne und Töchter, die unter der väterlichen Gewalt stehen, *filii, filiaeve familias,* b) Sklaven, *servi*, welche einem Herrn unterworfen sind.

3) Wer sui iuris ist, heißt auch *pater familias*; eine Weibsperson, die sui iuris ist, *mater familias.* Also um pater familias zu heißen, ist nicht nothwendig, daß man Kinder oder Sklaven in seiner Gewalt habe (*3). Ein jedes unmündige Kind, wenn es frey und keiner väterlichen Gewalt unterworfen ist, heißt pater oder mater familias. Mit dem Begriff von familia stimmt dieß freylich nicht recht überein. Denn wie kann man Jemand einen Vater einer Familie nennen, der keine Familie hat? Indessen nehmen die Römischen Juristen das Wort so (*4).

4) Im gegenwärtigen 8ten Titel wird von der herrschaftlichen Gewalt (potestate dominica), im folgenden 9ten von der väterlichen Gewalt (potestate patria) gehandelt werden.

(1) Die

(1) Die classische Stelle in dieser Materie ist L. 195. D. de V. S. Man s. auch *Püttmann* interpret. et observat. cap. 6. p. 20. sqq. *Iensen* tract. de patr. potest pag 7. sqq.
(2) L. 1. pr. et §. 16. de vi et vi arm. *Brissonius* de verb. signif. voc *familia.*
(3) L. 4 D. de his qui sui vel al. iur. Das Wort materfamilias hat übrigens auch noch eine andere Bedeutung, §. 128.
(4) *Huber* evnom. rom. p. m. 61.

§. 94. 95. Rechte des Herrn über seine Sklaven.

Die Sklaven wurden als Sachen angesehen, als Eigenthum; alle Rechte also, die ein Herr über seine andere eigenthümlichen Sachen hat, hatte er auch über seine Sklaven. Er hatte 1) das Recht über Leben und Tod des Sklaven, das heißt, er hatte eine Hausjurisdiction (iurisdictionem domesticam), die sich bis auf das Recht Todesstrafen zu dictiren erstreckte. Also die Gewalt, den Sklaven ohne gerechte Ursache, blos aus Muthwillen oder Leidenschaft zu tödten, stand ihm nicht zu. Er war 2) befugt, den Sklaven zu veräussern. Die Sklaven waren eine Waare; man konnte sie verkaufen, verschenken, vertauschen, vermachen. 3) Die Sklaven hatten nichts eigenes. Alles, was einem Sklaven geschenkt oder vermacht wurde, was er durch Handel, durch Handarbeit, oder auf andere Weise erwarb, gehörte dem Herrn (*1).

(1) §. 1. I. L. 1. §. 1. D. h. t. Die Sklaven waren entweder servi *publici* oder *privati.* Die publici waren im Eigenthum und Dienste des Staats oder einer universitas (§. 273). Sie konnten etwas für sich erwerben, auch über ihr Vermögen in gewisser Maaße ein Testament machen. *Ulpian.* tit. 20. §. 16.

§. 96 Abschaffung des Rechts über Tod und Leben.

Weil, wie sich leicht denken läßt, mancher Herr sein ius vitae et necis über die Sklaven mißbrauchte, die Sklaven mißhandelte, sie ohne hinlängliche Ursache, in der Hitze des Zorns massacrirte: so wurden verschiedene Gesetze gegen diese Ausschweifung gegeben. Der Bürger muß zwar im Staat über sein Eigenthum ungestört disponiren können, aber der Staat ist doch befugt, ihm den Mißbrauch zu verwehren. Hadrian und Antoninus Pius verboten daher die Sklaven zu tödten. Constantin M. verordnete, daß ein Herr, der einen Sklaven vorsetzlich, oder durch die Marter der Folter umbrächte, als ein Todtschläger mit der Deportation, d. i. Verweisung auf eine Insel, oder am Leben bestraft werden sollte. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß in solchen Fällen, wo man einen freyen Menschen ungestraft tödten darf, man diese Befugniß auch gegen seinen Sklaven habe. Dahin gehört, wenn mich mein Sklave angreift, daß ich mich meines Lebens gegen ihn wehren muß (§. 1047.), desgleichen, wenn ich den Sklaven im Ehebruch mit meiner Frau antreffe (§. 1255.).

Das Recht, die Sklaven zu züchtigen, ist dem Herrn zwar nicht genommen worden. Wenn indessen der Herr darin ausschweift: so kann sich der Sklave bey der Obrigkeit beschweren. Schon August verordnete dieses, und Antoninus Pius setzte noch hinzu, daß ein Herr, der seinen Sklaven unerträglich mißhandle, gezwungen werden sollte, ihn zu verkaufen.

§. 97. Heutiger Gebrauch.

Die Verordnungen des Römischen Rechts haben noch heutzutage bey den wahren Sklaven Statt (§. 70. vergl. jedoch das. not. 3.). Wer z. E. einen gefangenen Türken oder Negersklaven besitzt, der hat das Recht ihn zu veräussern, und alles sich zuzueignen, was der Sklave erwirbt. Das Recht über Leben und Tod aber hat er nicht, sondern nur das Recht mässig zu züchtigen. Auf Leibeigene läßt sich das Römische Recht nicht anwenden; diese werden, wie ich schon oben bemerkt habe, nach Deutschen Landesgesetzen und Gewohnheiten beurtheilt (§. 70.). Von den freyen Bedienten, Knechten und Mägden in Deutschland habe ich oben (§. 70.) ebenfalls schon gehandelt.

TIT. IX.
DE PATRIA POTESTATE.

§. 98. Uebergang zu diesem Titel.

Die homines alieni iuris sind entweder Sklaven oder filii familias. Jene stehen unter der herrschaftlichen, diese unter der väterlichen Gewalt. Die Beschaffenheit der herrschaftlichen Gewalt ist im vorigen Titel gezeigt worden. Gegenwärtiger Titel handelt die wichtigere und practischere Lehre von der väterlichen Gewalt ab.

§. 99. Was ist die Römische väterliche Gewalt?

Um die Lehre von der väterlichen Gewalt gründlich einzusehen, wollen wir 1) ihre Beschaffenheit nach dem Naturrecht (§. 99.), 2) nach dem alten Römischen (§. 100. 101.), 3) nach dem neuen Römischen (§. 102. 103.), und 4) nach dem Deutschen Recht (§. 104.), kennen lernen.

Die elterliche Gewalt ist schon im Naturrecht gegründet. Ueber ihr wahres Fundament streiten die Naturrechtslehrer. Ich glaube, daß es in der Verbindlichkeit zur Erziehung zu suchen ist. Die Kinder können ohne Erziehung nicht aufwachsen, wenigstens nicht brauchbare und vernünftige Menschen werden. Zu der Erziehung aber sind offenbar die Eltern verbunden, weil sie den Kindern die Existenz geben. Die Erziehung kann nicht geschehen, wenn die Eltern nicht befugt sind, die Handlungen der Kinder zu lenken, ihnen vorzuschreiben, was sie thun und lassen sollen. Dieß also,

das Recht auf alle Mittel, ohne welche die Erziehung nicht geschehen kann, oder das Recht, die Handlungen der Kinder zu lenken, in so weit es der Zweck der Erziehung erfordert, ist die elterliche Gewalt nach dem Naturrecht.

Sie ist folglich sehr von der Römischen väterlichen Gewalt unterschieden. Denn die elterliche Gewalt des natürlichen Rechts ist weiter nichts, als eine Oberherrschaft (imperium) (§. 64), oder ein Recht, die Handlungen der Kinder zu lenken, insoweit als dieß zur Erziehung nothwendig ist. Hingegen die väterliche Gewalt des Römischen Rechts war 1) in den alten Zeiten eine Art des Eigenthumsrechts (dominium) (*1); und noch in den neuesten Perioden enthielt sie mehr und größere Rechte, als das Naturgesetz den Eltern giebt, Rechte die zum Zweck der Erziehung nicht erforderlich sind. 2) Die Verbindung zwischen Vater und Kindern ist nach Römischem Rechte weit enger und fester, als nach den natürlichen Gesetzen. Vater und Kinder werden in jenem Rechte nicht als verschiedene, sondern als Eine Person angesehen. Von dieser Fiction mit ihren Folgen weiß das Naturrecht nichts. Nach dem Naturrecht haben 3) beyde Eltern Gewalt über die Kinder, die Mutter eben so gut, als der Vater; nach dem Römischen Recht hingegen hat der Vater diese Gewalt allein (*2). 4) Nach dem Naturrecht hört die elterliche Gewalt auf, so bald die Kinder keiner Erziehung mehr bedürfen; sie geht also nicht auf die Enkel; denn wenn mein Sohn in dem Alter ist, wo er Kinder zeugen kann, so hat er keine Erziehung mehr nöthig. Hingegen nach dem Römischen Recht dauert die väterliche Gewalt so lange, als der Vater lebt; wenn er anders die Kinder nicht emancipiret, oder sonst ein Umstand eintritt, wodurch sie von der väterlichen Gewalt frey werden. (Man s. den 12. Titel). Daher hat auch der Vater die väterliche Gewalt über des Sohns Kinder, seine Enkel und Enkelinnen, und über die Kinder dieser Enkel, seine Urenkel. Wenn mein Sohn heyrathet, so bleibt er in meiner väterlichen Gewalt, er kann daher über seine Kinder keine väterliche Gewalt haben. Hingegen die Kinder meiner Tochter sind nicht in meiner Gewalt, auch die Kinder meiner Enkelin nicht. Diese sind in der Gewalt ihres Vaters. Selbst alsdann, wenn die verheyrathete Tochter in des Vaters Gewalt blieb, welches bey den Römern oft geschah, waren ihre Kinder nicht in des mütterlichen Großvaters Gewalt (*3)

(1) Man hat darüber: ob die väterliche Gewalt nach Römischem Recht ein Eigenthum gewesen sey, sehr, und wahrlich mehr als die Sache verdient, gestritten. Man sehe die bey Glück Erläuter. d. Pand. 2. Th. §. 133. not. 13. angeführten Schriftsteller. Ich trete ohne Bedenken der bejahenden Meynung bey, welche auch *Bynkershoek* tr. de iure occid. lib. cap. 1. *Car. Wich. Robert* comment. de *Bynkershoekii* et *Gebaueri* doctrina de patr. pot. antiqua, Wetzlar. 1784. (der aber nachher davon wieder abgegangen ist, in s. jurist. Abhand-

lungen S. 19. ꝛc.) und Glück l. c. vertheidigen. — — Dieß beweisen auch die einzelnen Rechte, welche die Gesetze dem Vater in Ansehung der Kinder beylegen, besonders das Veräußerungsrecht, deutlich genug. Man sehe auch L. 195. §. 2. D. de V. S., wie denn auch die Kinder in den 12 Tafelgesetzen in Beziehung auf den Vater res suae genannt werden. (§. 472.) W. Verschiedene Stellen der Classiker, worin die väterliche Gewalt vom Eigenthumsrecht unterschieden wird, beweisen weiter nichts, als daß man zu damaliger Zeit die väterliche Gewalt nicht mehr für ein völliges Eigenthumsrecht hielt, wie sie es dann damals wirklich auch nicht wohl war.

(2) Warum die Mutter nicht eben die Gewalt über die Kinder hat, welche dem Vater zusteht, untersucht *Martucius* var explan. lib. 1. cap 9. Er führt viele Ursachen an, und setzt den Leser in Verlegenheit, wenn er sagen sollte, welche darunter die schlechteste sey. Die herrschaftliche Gewalt (potestatem dominicam) konnte die Mutter über ihre Kinder haben, L. 20. § 3. D. de manumiss. vind. Eine freygelassene Mutter konnte z. B. ihr noch in der Sklaverey sich befindendes Kind kaufen.

(3) L. 196. D. de V. S. Denn dem Vater konnte man doch die väterliche Gewalt in diesem Falle nicht absprechen; und sie ihm nebst dem mütterlichen Großvater zugleich zu geben, gieng eben so wenig an. *G. L. Boehmer* in elect. iur. civ. Vol. 1. p. 658.

§. 100. Persönliche Einheit.

Es war also zwischen dem Vater und den Kindern, die er in seiner Gewalt hatte, eine sehr genaue und enge Verbindung. Vater und Kinder wurden nemlich nicht als verschiedene, sondern als Eine Person angesehen. Justinian (*[1]) sagt ausdrücklich: pater et filius eadem esse persona pene intelliguntur.

Aus dieser persönlichen Einheit folgt, a) daß die Kinder gewissermassen als Herren des väterlichen Vermögens schon bey Lebzeiten des Vaters angesehen, und daher des Vaters Erben ipso iure werden, ohne daß sie die Erbschaft anzutreten brauchen; b) daß Vater und Sohn keine Verträge unter einander schließen, und einander nichts schuldig seyen (inter patrem et filium non est obligatio); daß sie keinen Proceß mit einander führen können (inter patrem et filium actio non est); c) daß der Sohn nicht in seines Vaters Testament, und der Vater nicht in seines Sohnes Testament Zeuge seyn kann, so wenig als jemand in seinem eigenen Testament einen Zeugen abgeben kann; daß der Sohn nicht Zeuge in einem Testament seyn kann, worin der Vater als Erbe eingesetzt wird; und umgekehrt, der Vater nicht Zeuge in dem Testament, worin der Sohn eingesetzt wird; eben so wenig, als ich Zeuge in dem Testament seyn kann, worin ich selbst zum Erben ernannt werde.

Man s. auch §. 132. Indessen bemerke man: 1) die persönliche Einheit hatte nur Statt in Privatgeschäften, nicht in öffentlichen Angelegenheiten. Auf diese erstreckte sich die väterliche Gewalt nicht. So lang der Sohn ein

öffentliches Amt bekleidete, ruhete die väterliche Gewalt. Der Sohn konnte auch iudex in einem Processe des Vaters seyn (*1). 2) Die persönliche Einheit wird nicht dahin erstreckt, daß der Vater durch Verträge des Sohns verpflichtet werden könnte, das zu leisten, was der Sohn versprochen hat; oder daß der Vater, wenn der Sohn ein Verbrechen begeht, den Schaden ersetzen, und die Strafe bezahlen müßte (*3). Sogar 3) wenn sich der Vater etwas für den Sohn versprechen läßt, so ist der Vertrag nur in gewissen Fällen gültig (§. 738.). 4) Der Sohn kann sich für den Vater verbürgen, da doch Niemand für sich selbst Bürge werden kann (*4). 5) Der Vater kann mit seinen sechs filiis familias in einem Testament Zeuge seyn, und sie werden mit ihm hier nicht für Eine, sondern für sieben Personen gerechnet (§. 445.) (*5).

(1) L. fin. C. de impub. et al. substit. (VI. 26.)
(2) L. 14 ad SCt. Trebell. L. 77. L. 78. de iudic.
(3) L. 1. C. ne fil. pro patre (IV. 13.) §. ult. I. de nox. act. L. 38. de R. I.
(4) L. 10. §. 1. de fideiussor.
(5) Einige wollen die Regel: Vater und Kinder sind als Eine Person zu betrachten, blos darauf einschränken, daß die Kinder nichts für sich hätten erwerben können, sondern alles dem Vater erworben hätten, daß jene Regel blos eine Conclusion aus dem Satze sey: quidquid adquirit filius, id adquirit patri, oder daß sie und dieser Satz ganz einerley seyen. *Thomas.* diss. de usu pract. tit. Inst. de patr. pot. cap. 1. §. 49. *Titius* in diss de contract. patris et liberor. §. 30. sq. *Andr. Flor. Rivinus* in diss. de figmento fictionis unitatis personae inter patrem et filium, Viteb. 1760. welchen auch beytritt, oder sich wenigstens sehr nähert *Brunsich* comment. de unitate personae, quae iure rom. inter patrem famil. et liberos in potestate constitutos intercedit, Goett. 1795. 4. Ich möchte aber wissen, wie man aus dem Satze: quidquid adquirit filius, id adquirit patri, die obengedachten Regeln: der Sohn kann nicht Zeuge seyn im Testament des Vaters, der Vater nicht Zeuge im Testament des Sohnes rc. rc. herleiten will und kann? Man s. *Enenkel* tr. de privileg. parent. et liberor. privil. 3 p. 179 sqq. *Heimburg.* diss. difficillima emancipationis capita §. 55. Glück Pandecten 2. Band, 203 S rc *Ruppenthal* exerc. de unitate personae inter patrem et fil. famil. Goett. 1795. 8. Uebrigens gebe ich zu, was *Brunsich* l. c. ausführt, daß die Einheit des Vaters und der Kinder nur in den Fällen behauptet werden kann, wo unsre Gesetze sie ausdrücklich festsetzen.

§. 101. Rechte des Vaters über die Kinder.

Der Vater hatte fast unumschränkte Rechte über die Personen und das Vermögen der Kinder. Ueber ihre Person. Denn 1) konnte er ihnen befehlen, was sie thun oder lassen sollten, auch konnten sie ohne seine Einwilligung keine rechtliche Handlungen vornehmen, keine Contracte, Eheverlöbnisse, u. d. gl. eingehen. Diese Handlungen waren nichtig, wenn der Vater nicht darin ausdrücklich oder stillschweigend einwilligte (pater dirigit

actiones liberorum *iussu* et *consensu*). Indessen kann doch ein Sohn, nachdem er sui iuris wird, aus den Contracten, die er noch unter der väterlichen Gewalt stehend, geschlossen hat, belangt werden. Nur in dem Fall, wenn er Geld borgt, hat schlechterdings keine Klage Statt. Dieß ist durch den Macedonianischen Rathsschluß verordnet (§. 1159.). 2) Konnte der Vater die Kinder strafen, wenn sie sich vergiengen, und dieses Strafrecht erstreckte sich bis auf das Recht über Leben und Tod (*[1]). Es war übrigens, so wenig als das Recht des Herrn über seine Sklaven, ein Recht, die Kinder nach Gefallen und ohne Ursache zu tödten, sondern es war eine Art von peinlicher Gerichtsbarkeit, oder das Recht, den Kindern eine Todesstrafe, wenn sie eine verdient hatten, zu dictiren, und an ihnen zu vollstrecken. 3) Hatte der Vater ein Recht, die Kinder in die Sklaverey zu verkaufen; und zwar einen Sohn dreymal (*[2]). Nemlich wenn der Vater seinen Sohn einmal verkauft hatte, und dieser so glücklich war, freygelassen zu werden (*[3]): so fiel er in die väterliche Gewalt zurück. Nun konnte ihn der Vater zum zweytenmal verkaufen. Wurde er zum zweytenmal freygelassen, so fiel er wieder in des Vaters Gewalt. Der Vater konnte ihn also zum drittenmal verkaufen. Wenn er aber zum drittenmal freygelassen wurde, so wurde er sein eigener Herr (sui iuris), und kam nicht mehr in die väterliche Gewalt. Dieses gründete sich in einem Gesetz des Romulus, welches nachher in den Zwölftafelgesetzen bestätigt wurde. Die Töchter und die Enkel konnte man nur Einmal verkaufen. Auch der Sohn, wenn er sich mit Einwilligung des Vaters verheyrathet hatte, konnte nicht mehr verkauft werden. Der Vater hatte 4) das *ius noxae dandi*, d. i. wenn meine Kinder einem durch eine unerlaubte Handlung, Diebstahl, Raub, Verwundung u. s. w. Schaden thaten, so konnte ich sie zur Ersetzung des Schadens an Zahlungsstatt geben, und sie kamen dadurch in die Sklaverey, so lang sie nicht den zugefügten Schaden ersetzten. 5) Wenn ein Anderer die Kinder bey sich hatte, und sie dem Vater vorenthielt: so konnte dieser die Herausgabe verlangen, und deswegen eine Klage, welche rei vindicatio heißt, desgleichen das interdictum de liberis exhibendis anstellen. Sogar nach seinem Tode übte der Vater noch eine Art von Gewalt über seine Kinder aus. Denn er konnte 6) ihnen in seinem letzten Willen einen Vormund bestellen.

Auch über das Vermögen der Kinder hatte der Vater ansehnliche Rechte: 1) Alles, was sie erwarben, gehörte dem Vater. Sie hatten also kein Eigenthum; wenn man den Kindern etwas schenkte, vermachte, versprach, so war es so gut, als ob man es dem Vater geschenkt, vermacht, versprochen hätte. Die Kinder konnten daher auch kein Testament machen: denn worüber sollten sie testiren? 2) Wenn der Vater ein unmündiges Kind hinterließ, so konnte er

ihm pupillarisch substituiren, d. i. verordnen, wer des Kindes Erbe seyn solle, wenn es in der Unmündigkeit sterben würde.

(1) Kinder, die noch nicht drey Jahre alt waren, konnte daher der Vater nicht tödten oder aussetzen, außer wenn sie monströs oder verstümmelt, und von fünf Nachbarn dafür erkannt worden waren; denn ein so junges Kind konnte durch Handlungen die Todesstrafe nicht verdienen. *Dionys. Hal.* lib. 2. cap. 15. pag. 88. (*Ed. Sylburg*) *Gebauer* diss. I. de patr. potest. cap. 2. §. 7.

(2) *Io. Phil. Datt*, de venditione liberor. in thesaur. *Meermann*. Tom. 2. worin viel Gelehrsamkeit, aber wenig Licht und Ordnung ist.

(3) Die Väter, welche einen Sohn verkauften, bedungen sich es zuweilen auch ausdrücklich aus, daß er nach einer gewissen Zeit wieder freygelassen werden solle. *Iensen* de patr. pot. p. 35.

§. 102. Abänderungen der väterlichen Gewalt durch neuere Gesetze.

So war also die väterliche Gewalt nach dem alten Römischen Rechte beschaffen. In den neuen Römischen Gesetzen ist aber manches daran geändert worden. Denn 1) wurde dem Vater das Recht über Leben und Tod gänzlich genommen. Zu welcher Zeit dieses geschah, ist zweifelhaft. Noodt und Bynkershoek haben darüber controvertirt (*1). Gebauer (*2) hat die Argumente der beyden Streiter abgewogen, und der Noodtischen Meynung gewissermassen seinen Beyfall gegeben. Er zeigt nemlich, daß die Erlaubniß, Kinder vor dem dritten Jahre zu tödten oder auszusetzen, die zuweilen von den Vätern mißbraucht, und nicht in den gesetzlichen Schranken (§. 101. Not. 1.) ausgeübt wurde, erst unter K. Valentinian aufgehoben; daß hingegen das Recht, über erwachsene Kinder ein peinliches Gericht zu halten, schon zu K. Alexander Severus Zeiten dem Vater nicht mehr gestattet worden ist. Dem Vater kommt also nach den neuern Gesetzen nur die Befugniß zu, die Kinder wegen ihrer Vergehungen zu züchtigen.

Viele setzen hinzu, der Vater habe auch das Recht, die Kinder, wenn sie ein Verbrechen begehen, der Obrigkeit zu überliefern, und zu bestimmen, wie sie gestraft werden sollen. Sie gründen sich auf die L. 3. C. de patr. pot. (VIII. 47.), wo Alexander Severus rescribiret: si filius tuus in potestate tua est, res adquisitas tibi alienare non potuit. Quem, si pietatem patri debitam non agnoscit, castigare iure patriae potestatis non prohiberis; acriori remedio usurus, si in pari contumacia perseveravit, eumque Praesidi provinciae oblaturus, dicturo sententiam, quam tu quoque volueris. Allein man sieht leicht, daß in diesem Gesetz nur von einem liederlichen, verschwenderischen, ungehorsamen Sohne die Rede ist, nicht von einem, der ein öffentliches Verbrechen begangen hat. Auch ist nicht zu glauben, daß der Gesetzgeber die Bestimmung der Strafe schlechterdings der Willkühr des Vaters habe überlassen wollen; so, daß der Präses, ohne Rücksicht auf Gesetze

und den Grad des Vergehens, den Sohn hätte bestrafen sollen, wie der Vater verlangte. Diese Verordnung wäre in hohem Grade unvernünftig gewesen. Der Sinn des Gesetzes ist also ohne Zweifel nur dieser: der Präses soll die Sache untersuchen, und die von dem Vater verlangte Strafe, wenn er sie der Lage der Sache und den Gesetzen angemessen findet, dictiren (*3). Und wenn man das Gesetz auf diese Art erklärt, so kann man seine heutige Gültigkeit den unten (*4) angeführten Rechtsgelehrten zugeben.

Das Recht, die Kinder zu verkaufen, ist dem Vater zwar nie ganz genommen, es ist aber so sehr eingeschränkt worden, daß es so gut ist, als wäre es völlig aufgehoben. Denn Constantin verordnet (*5), daß nur a) ganz arme Eltern b) ihre liberos *sanguinolentos*, d. i. neugebohrne Kinder, in dem Augenblicke, da sie von der Mutter kommen, noch ehe sie gewaschen und gereinigt sind, verkaufen dürfen. Zu einem solchen Kinde aber einen Käufer zu finden, möchte wohl schwer seyn.

(1) Jener glaubt in seinem Tractat: *Iulius Paulus*, der in seinen Werken T. 1. p. 565. sqq. steht, daß es erst von den K. Valentinian, Valens und Gratian in der *L. 8. C. ad leg. Cornel. de sicar.* (IX. 16.) geschehen sey. Hingegen Bynkershoek in seinem Buche de iure occidendi, vendendi, et exponendi liberos apud Romanos, in der Hallischen Ausgabe seiner kleinen Schriften T. 2. p. 105. sqq. behauptet, schon zu Trajans, Hadrians und Antoninus Pius Zeiten sey dem Vater dieses Recht genommen worden. Noodt vertheidigte sich in seiner *amica responsione ad difficultates Iulio Paulo motas*, und Bynkershoek duplicirte in seinen curis secundis de iure occidendi et vendendi liberos. Beyde letzte Schriften stehen in der angeführten Hallischen Sammlung T. 2. p. 305. sqq

(2) *Gebauer* diss. II. de patr. potest. cap. 2. S. auch *G. W.* ab *Oosten de Bruyn* discurs. de patria potest. Harlem. 1751. 8. und dessen Inhalt in der unparth. Crit. 4. Band, 367. Seite.

(3) *Gebauer* l. c. §. 7. — — Die Worte: quam tu quoque volueris, in dem angeführten Gesetze wollen unstreitig nur so viel andeuten, daß in Fällen, welche eigentlich die häusliche Disciplin und das Recht des Vaters als solchen betreffen, der Richter auf Verlangen des Vaters eine Strafe, jedoch nicht weiter, als dieser selbst solche billiget, verfügen könne. Damit ist aber nicht gesagt, daß der Richter auch den übertriebenen Forderungen des Vaters hier nachgehen müsse. Unstreitig geht aber die Meynung Leysers meditat. ad Pand. XVII. 3., daß der Vater den ungerathenen und ungehorsamen Sohn auch ohne Vorwissen und Zustimmung der Obrigkeit ins Zuchthaus bringen könne, viel zu weit, und L un C. de *emendat. propinq.* worauf er sich beruft, läßt sich wohl auf dergleichen öffentliche von der Privatwillkühr nicht abhangende Anstalten, keineswegs anwenden. Begehen die Kinder eigentliche öffentliche Verbrechen, so gehört die Sache unstreitig zur Untersuchung und Bestrafung des Richters. W.

(4) *Brunnemann* ad h. l. *Schoepfer* synops. iur. priv. lib. 1. tit. 6. n. 30. sqq. *Leyser* sp. 17. med. 5. cor. 2.

(5) L. 1. Cod. de patribus qui filios suos distrax. (IV. 43.).

§. 103.

§. 103. Fortsetzung.

Der Vater kann ferner nach den neuern Römischen Gesetzen die Kinder nicht mehr zur Schadloshaltung geben. Vermuthlich ist dieses um dieselbe Zeit untersagt worden, da das Verkaufen der Kinder verboten wurde. 4) Das Recht durch die Kinder zu erwerben, ist nicht aufgehoben, aber doch sehr eingeschränkt worden. Wenn der Sohn etwas im Militärstande, oder in einem öffentlichen Amte erwirbt: so heißt dieß peculium militare, und gehört dem Sohn dergestalt, daß der Vater nicht das mindeste daran zu fordern hat. Der Sohn wird in Ansehung dieses peculii als ein paterfamilias angesehen, kann ein Testament darüber machen, darüber selbst mit dem Vater Verträge schließen und Proceß führen. Erwirbt der Sohn etwas auf andere Art, z. E. er erbt seine Mutter: so heißt es peculium paganum, adventitium, er hat das Eigenthum, und der Vater der Regel nach den Nießbrauch. Der Sohn kann auch darüber mit Andern einen Vertrag schließen (§. 1158.). Zuweilen dauert der Nießbrauch auch nach Endigung der väterlichen Gewalt auf die Hälfte der Adventitien fort (§. 161.). Die übrigen Rechte der väterlichen Gewalt sind unverändert geblieben. Der Vater und Sohn sind also auch nach neuerem Römischen Recht als Eine Person anzusehen; der Vater hat das Recht, die Kinder zu vindiciren, ihnen Vormünder zu bestellen, ihnen pupillarisch zu substituiren; sie können über ihr peculium paganum kein Testament machen.

§. 104. Heutige Beschaffenheit der väterlichen Gewalt.

Wie ist aber heutiges Tages die väterliche Gewalt beschaffen? Man bemerke folgende Grundsätze:

1) Der Vater hat heutzutage nicht blos die natürliche elterliche Gewalt, wie einige Juristen (*1) sagen. Denn der Vater hat das Recht, den Kindern pupillarisch zu substituiren, ihnen Vormünder im Testament zu bestellen, und den Nießbrauch über das Vermögen der Kinder. Kinder können nicht testiren, so lange sie in der väterlichen Gewalt sind; können aus einem Gelddarlehn nicht belangt werden. Dieß alles sind willkührliche Verordnungen, von denen das Naturrecht nichts weiß.

2) Die Mutter hat nicht die Gewalt über die Kinder, welche das Römische Recht dem Vater giebt, sondern nur diejenige, welche das Naturrecht den Eltern gestattet; doch ist diese der väterlichen Gewalt untergeordnet; denn, wenn Vater und Mutter bey der Erziehung verschiedener Meynung sind, so geht des Vaters Wille vor. Viele Rechtsgelehrten behaupten, die Mutter habe heutzutage die väterliche Gewalt so gut, als der Vater. Am weitläuftigsten hat Rothhan (*2) diese Meynung vertheidigt. Allein seine sämmtlichen Argumente beweisen weiter nichts, als daß viele Deutsche Particulargesetze der Mutter die natürliche elterliche Gewalt bestätigen, ihr

auch einige Rechte geben, welche im Naturrecht nicht gegründet sind; daß sie aber nach gemeinen Deutschen Rechten die Römische väterliche Gewalt habe, ist nicht bewiesen. Sie hat also, wo keine Landesgesetze ein anderes verordnen, kein Recht, pupillarisch zu substituiren; keinen Nießbrauch im Vermögen der Kinder; die Kinder sind, wenn sie gleich im Hause und in der Kost der Mutter sind, nicht als Römische filii familias anzusehen; können daher auch testiren; sich nicht auf das SCtum Macedonianum berufen; werden in der Religion des Vaters erzogen, wo nicht durch Verträge festgesetzt, oder durch Provincialgesetze bestimmt, oder durch Gewohnheit eingeführt ist, daß die Töchter der Religion der Mutter folgen sollen (*3).

3) Der Großvater hat heutzutage selten Gewalt über die Enkel; denn, wenn der Sohn heyrathet, so stellt er auch gewöhnlich seine eigene Haushaltung an. Thut er aber dieß, so hört die väterliche Gewalt auf (§. 163.). Indessen können doch Fälle vorkommen, wo die väterliche Gewalt über die Enkel Statt findet; wenn nemlich der Sohn sich verheyrathet, dabey aber in des Vaters Hause und Brod bleibt.

4) Was die Rechte der väterlichen Gewalt betrift: so fällt das Recht, die Kinder zu verkaufen, gänzlich weg. Die übrigen Rechte hat der Vater, so wie nach Römischem Rechte. Also er hat zwar das Recht, sie zu züchtigen, aber nicht die Befugniß, sie mit einer öffentlichen Strafe zu belegen, welche ihrem guten Namen schaden kann (*4); das Recht, den Kindern pupillarisch zu substituiren, ihre Vormünder im Testament zu bestellen, den Nießbrauch von ihren Adventitien (*5). Auch das Recht, die Kinder zu vindiciren (*6), und interdictum de liberis exhibendis anzustellen, wird zuweilen noch ausgeübt. Ein filius familias kann auch heutzutage, wenn er kein militärisches peculium hat, nicht testiren. Hingegen über die persönliche Einheit wird sehr disputirt. Verschiedene Juristen behaupten, sie falle bey uns weg (*7); der Vater könne also in Deutschland mit seinen Kindern gültige Verträge schließen (*8); der filius familias könne Zeuge seyn im Testament des Vaters ꝛc. Allein Andere vertheidigen das Gegentheil mit besserm Grunde (*9). Denn das Römische Recht ist im Ganzen angenommen, streitet in diesem Puncte nicht mit unserer Verfassung, und ist durch kein conträres Deutsches Gesetz aufgehoben.

(1) J. C. *Boehmer* introd. in ius dig. lib. 1. tit. 6. §. 4. Aber man s. *Emminghaus* ad *Cocceii*, p. 110.

(2) Diss. de potestate materna, Goett. 1772.

(3) Man sehe *Renz* diss. mixtura iuris romani et patrii in doctrina de patria potestate, thes. 10. *Pufendorf* obs. iuris univ. Tom 1. obs. 98. §. 14. *Ferd. August Hommel* de usu hodierno patriae potestatis romanae. C. 3. §. 90. *de Selchow* Element. iuris germanici §. 494. Strube rechtl. Bed. 1. Theil

334. Seite. Runde im deutschen Privatrecht §. 614.

(4) Nicht einmal in das Zuchthaus kann ein Vater seinen Sohn ohne Einwilligung der Obrigkeit setzen lassen. *Müller* ad *Leyser* obs. 89. Man sehe oben §. 102. not 3.

(5) *Pufendorf* Tom. 1. Obs. 98. §. 3. Es ist also falsch, wenn *Franzk.* Ex. 2. Qu. 4. in fin. schreibt, es sey bey uns kaum ein Schatten der väterlichen Gewalt übrig. Man s. *Barth* diss. de emancipat. Saxon. §. 1. in collect. diss. p. 815.

(6) *Leyser* Sp. 17. med. 1. *Müller* ad *Leyser* obs. 87. *Iensen* de patr. potest. p. 76.

(7) *Gudelinus* de iure novissimo lib. 1. C. 13. *Matthaei* commentar. ad Inst. h. tit. §. 2. n. 8. sqq. p. 277. sqq. *Thomasius* de usu practico tituli Inst. de patria potestate, cap. 2. p. 10. in collect. diss. vol. 3. n. 98. p. 678. *Beyer* in iur. German. lib. 1. cap. 26. §. 42.

(8) Strube rechtl. Bed. 2. Th. 68. Bed.

(9) *Hert* diss. de pluribus hominibus personam unam sustinentibus, sect. 1. §. 4. opusc. Vol. 2. Part. 3. pag. 44. *Barth* hodeg. forens. cap. 4. §. 9. p. 799. et in diss. cit. §. 2. *Leyser* spec. 21. med. 5. *Wernher* part. 6. observ. 189. *Hommel* diss. de usu hodierno patriae potest. cap. 3. §. 78. *Renz* diss. cit. th. 20. *Heimburg* diss. difficillima emancipationis capita §. 48. seqq. *Müller* ad *Leyser* tom. I. obs. 103. *Brunsich* comment. cit. part. 4. *Ruppenthal* ex cit. sect. 3. Wenn die persönliche Einheit wegfällt, so fällt auch das ganze ius sui heredis mit seinen wichtigen Wirkungen weg, und dieß hat doch noch kein Rechtsgelehrter von Ansehen zu behaupten gewagt.

§. 105. Pflichten des Vaters.

Die Rechte der väterlichen Gewalt haben wir bisher kennen gelernt. Sie führt aber auch eine Beschwerde bey sich: die Verbindlichkeit nemlich die Kinder zu ernähren. Weigert sich dessen der Vater, so setzt die Obrigkeit den Kindern eine gewisse Summe aus, mehr oder weniger, nachdem des Vaters Stand und Vermögen größer oder geringer ist. Indessen fließt diese Verbindlichkeit nicht aus der väterlichen Gewalt, sondern aus der nahen Verwandtschaft; denn auch die natürlichen Kinder (das heißt, die, welche mit einer Concubine erzeugt waren) mußte der Vater ernähren, und heutzutage muß er allen unehelichen Kindern die Alimente geben (*1). Wenn der Vater todt, oder ausser Stand ist, die Kinder zu ernähren: so sind die Mutter und die Großeltern (*2) dazu verbunden.

(1) *Stryck* in usu moderno lib. 25. tit. 3. § 2.

(2) Viele Juristen legen auch den Geschwistern die Pflicht auf, arg. L. 4. D. ubi pupill. L. 13. §. 2. D. de administ. tut. L. 1. §. 2. de tutel. et rat. distr. Nach diesen Gesetzen darf ein Vormund die Alimente, welche er der Schwester seines Pupillen gereicht hat, in Rechnung zur Ausgabe bringen. *Sande* decis. Fris. lib 2. tit 8 def. 2. *Stryck* l. c. §. 22. Allein daraus folgt jene Verbindlichkeit der Geschwister selbst noch nicht. S. *Boehmer* nov. ius controv. tom. 2. obs. 150. *Popp* diss. de imperfecta fratrum sororumque ad se invicem alen-

dos obligatione. Altorf 1780. Weber von der natürl. Verbindlichkeit. §. 102. n. 3 *Walch* controv. p. 85. edit. III. — Thibaut in den Versuchen über die Theor. d. R. I. 12. glaubt zwar die erstere Meynung vermöge L. 12. §. D. *de adm. et per. tutor.* in Verbindung mit den vorhin angeführten Gesetzen, und vermöge L. 5. §. 2. D. de agnosc. et alend. lib. vertheidigen zu können, vergl. *Gebauer* not. ad cit. L. 13. *de adm. et peric. tutor.* Allein die Zwangspflicht des Bruders selbst, worauf es hier ankommt, ist damit immer noch nicht erwiesen, da die besondern Vorschriften in Ansehung des Vormundes hier einen ganz eigenen Grund haben, wie in der Schrift v. d. natürl Verbindl. a. a. O. gezeigt worden ist. Das zweyte Gesetz redet nur von Eltern und Kindern, nicht von andern Verwandten. W.

§. 106. Klagen, die aus dem Familienzustande entstehen.

Der Familienzustand bringt verschiedene Klagen hervor (S. die Tabelle VI. b.). Es kann über die Kindschaft, es kann auch über die väterliche Gewalt geklagt werden. Ueber die Kindschaft wird entweder zwischen Eltern und Kindern, oder zwischen Vater und Mutter gestritten. Nemlich 1) kann das Kind eine Klage gegen den Vater oder die Mutter anstellen, wenn sie es nicht für ein Kind, oder wenigstens nicht für ein eheliches Kind erkennen, und die Verbindlichkeiten eines Vaters oder einer Mutter nicht erfüllen wollen (*1). Dieß ist *actio de filiatione affirmativa.* 2) Kann der Vater oder die Mutter gegen ein Kind klagen, wenn dieses läugnet, daß es ihr Kind sey, und die Pflichten eines Kindes nicht beobachten will (*actio de paternitate aut maternitate affirmativa*). 3) Wenn sich einer mit Unrecht für meinen Vater, oder eine für meine Mutter ausgiebt, so kann ich ihn oder sie *actione de filiatione negativa* belangen. 4) Giebt jemand vor, daß er mein Kind sey, und ich belange ihn, daß er sich dieses Namens enthalten soll, so ist es *actio de paternitate*, oder, wenn die Mutter klagt, *de maternitate negativa.* 5) Wird nicht wegen der Kindschaft, sondern blos über die väterliche Gewalt gestritten; so heißen die Klagen *actiones de patria potestate affirmativae aut negativae*: affirmativa, wenn ich gegen einen klage, über den mir die väterliche Gewalt zusteht, der sie mir mit Unrecht abläugnet; negativa, wenn sich einer über mich ohne Grund die väterliche Gewalt anmaßt, und ich deßwegen gegen ihn Klage erhebe. 6) Wenn eins der Eltern gegen das andere klagt, daß es ein gewisses Kind dafür anerkennen soll, wofür es der klagende Theil anerkannt haben will, so heißt die Klage *actio de partu agnoscendo.* Sie kann a) von der Ehefrau gegen den Ehemann angestellt werden, wenn sie sich nach der Ehescheidung von ihm schwanger befindet, der Mann hingegen läugnet, daß die Klägerin seine Ehefrau gewesen, oder von ihm schwanger sey, und gehet dahin, daß der Mann das Kind für das seinige erkennen soll. Bey den Römern, wo die Ehescheidungen viel leichter und häufiger waren, als in Deutschland (§. 129.), konnte diese Klage öfter vorkommen als bey uns. Die Klage de

partu agnoscendo kann auch b) angestellt werden, wenn der Mann ein in der Ehe gebohrnes Kind nicht für das seinige erkennen will. Endlich c) kann auch die Mutter eines unehelichen Kindes gegen den Schwängerer *utiliter* (§. 1090.) mit dieser Klage auftreten, und so kommt sie in der deutschen Praxis täglich vor.

(1) Ein merkwürdiges Exempel hat Strube in den rechtl. Bed. 3. Theil, 131. Bed. Ein Sohn veruneinigte sich mit seinem Vater. Dieser schrieb ihm: du bist ein Hurenkind, ich bin mit deiner Mutter niemals getraut gewesen. Der Sohn klagte, und bat um Manutenenz in dem Besitz der rechtmäßigen Kindschaft. Er erhielt auch dieselbe und söhnte sich mit seinem Vater aus. Allein nach des Vaters Tode traten die Verwandten mit einer Klage auf, und verlangten, daß der Sohn seine eheliche Geburt beweisen solle.

§. 107. Quellen der väterlichen Gewalt.

Die väterliche Gewalt kann auf dreyerley Art erworben werden, durch Ehe, Legitimation und Adoption (*1). Denn entweder ist ein Kind von mir gezeugt, oder nicht. Im ersten Falle ist es entweder in rechtmäßiger Ehe, oder aus unehelichem Beyschlaf erzeugt. Habe ich es im rechten Ehebette gezeugt, so ist die Ehe der Grund meiner väterlichen Gewalt. Wenn ich hingegen ein Kind ausser der Ehe erzeuge, und in meine väterliche Gewalt bringen will: so muß dieses durch die Legitimation geschehen. Endlich wenn ein Kind gar nicht von mir erzeugt, und doch in meiner väterlichen Gewalt ist, so liegt der Grund in der Adoption. Von der rechtmäßigen Ehe wird im zehnten Titel; von der Legitimation in einem Anhange dieses Titels; von der Adoption im eilften Titel die Rede seyn.

(1) Auch fallen emancipirte Kinder, wenn sie undankbar sind, d. i. ihren Vater gröblich injuriren, zur Strafe wieder in die väterliche Gewalt L. un. C. de ingrat. lib. (VIII. 50).

TIT. X.
DE NUPTIIS.

§. 108. Was ist die Ehe, nuptiae, Eheverlöbniß?

Drey Fragen sind hier zu beantworten: 1) Was ist die Ehe? 2) Was sind nuptiae oder connubium nach Römischem Recht? 3) Wie ist die Ehe von dem Eheverlöbniß unterschieden?

Ueber den Begriff und Zweck der Ehe ist viel geschrieben und gestritten worden (*1), obgleich die Ehe eine so allgemein bekannte Sache ist. Ich halte folgende Definition, nach den gesetzlichen Begriffen, für die richtigste: Die Ehe ist eine auf Lebenslang nach gesetzlicher Vorschrift eingegangene Gesellschaft zwischen Personen verschiedenen Geschlechts, Kin-

der zu zeugen und zu erziehen; auch einander gemeinschaftliche Hülfe zu leisten. Man wendet zwar dagegen ein: a) die unfruchtbaren Ehen wären nach dieser Definition keine Ehen. Aber diese Folge läugne ich; denn der Zweck einer unfruchtbaren Ehe ist doch die Kindererzeugung, ob er gleich nicht erreicht wird. b) Nach dieser Definition, sagt man weiter, können betagte Leute keine Ehe eingehen, wenn sie nicht mehr im Stande sind, Kinder zu erzeugen. Antwort: wenn es gewiß ist, daß zwey Leute Alters wegen zum Kinderzeugen untüchtig sind: so ist ihre Verbindung keine *wahre*, sondern eine Titular-Ehe (matrimonium honorarium oder civiliter tale). Weil aber selten diese Gewißheit vorhanden ist; da zuweilen sehr alte Männer noch zeugen, und sehr alte Weiber gebähren: so haben die Gesetze einer solchen Verbindung alter Personen die Rechte des Ehestandes zugestanden (*[2]). c) Der dritte Einwurf ist: man frage alle Menschen, welche eine Ehe eingehen, ob sie es zu dem Ende thun, um Kinder zu zeugen; ob sie nicht vielmehr ganz andere Zwecke dabey haben? Keiner wird, wenn er aufrichtig redet, behaupten, er heyrathe, um Kinder zu zeugen. Sie werden sämmtlich andere Ursachen anführen. Der französische Rechtsgelehrte **Pasquay** z. E. sagte, er habe seine erste Frau propter opus, die zweyte propter opes, und die dritte propter opem geheyrathet. Aber auch dieser Einwurf ist leicht zu beantworten. Wir reden vom gesetzlichen Zweck der Ehe, und nicht von den Beweggründen derer, welche die Ehe eingehen; vom *fine operis*, wie die alten Juristen sagen, und nicht vom *fine operantium*. Der Zweck, welchen der Schöpfer bey Hervorbringung beyder Geschlechter, und bey der Einprägung des Zeugungstriebes hatte, war ganz offenbar die Fortpflanzung des Menschengeschlechts. Daher kann man mit Grund sagen, daß Erzeugung der Kinder ein Zweck der Ehe sey, wenn gleich die Personen, welche eine Ehe schließen, durch andere Motiven dazu bewogen werden.

Der zweyte Zweck der Ehe ist die **Erziehung der Kinder**. Denn wenn zwey Leute mit einander eins würden, Kinder zu zeugen, sie aber nicht zu erziehen, sondern umzubringen oder wegzusetzen, so würde diese Verbindung unerlaubt und keine Ehe seyn. Endlich der dritte Endzweck ist: die **gemeinschaftliche Hülfe** (*mutuum adiutorium*). Die Ehegatten wollen zusammen leben, einander in allen Vorfällen Hülfe und Beystand leisten.

Eine Gattung der Ehe hieß bey den Römern nuptiae oder connubium, oder *iustum, legitimum matrimonium*; die Ehe nemlich zwischen zwey römischen Bürgern. Eine Ehe zwischen andern Personen hieß matrimonium schlechtweg, oder auch contubernium (*[3]). Dieß wird im §. 112. u. f. erklärt werden.

Von der Ehe sind die Sponsalien oder das Eheverlöbniß verschie-

den. Man versteht darunter einen Vertrag, daß eine Ehe zwischen gewissen Personen geschlossen werden soll. Die Paciscenten wollen nicht sogleich Ehegatten seyn, nicht sogleich die Rechte der Ehegatten haben, sondern erst nach einiger Zeit soll dieß geschehen.

(1) Man sehe *Io. Sam. Stryck* diss. de fine matrimonii, Hal. 1708. *Car. Ferd. Hommel* matrimonium sine proposito sobolem procreandi legitimum. Lips. 1764. edit. secund. locupletior, ibid. 1767. et in auctoris rhapsodia vol. 1. obs. 391. Joh. Baptista Anthes vom Zweck der Ehe. Frft. am Mayn 1774. 8. Vorzüglich aber Joh. Phil. Engelhards Versuch über den wahren Begriff der Ehe und die Rechte bey deren Errichtung. Cassel 1776. 8. Aug. Ludw. Schott's Einleitung in das Eherecht, Nürnb. 1786. 8. C. E. Dabelow Grundsätze des allg. Eherechts der deutschen Christen. Halle 1792.

(2) L. 27. C. de nupt. (V. 4.) Die älteren Römischen Gesetze waren diesen Ehen nicht günstig. *Ulp.* Fragm. tit. 16. §. 3. *Püttmann* comment. de nuptiis senum. Hal. 1782. 8.

(3) Zuweilen heißt auch connubium das Recht, ein legitimum matrimonium zu schließen. *Ulp.* l. c. Tit. 5. §. 3. L. 45. §. 4. D. de rit. nupt.

§. 109. Axiomen vom Eheverlöbnisse.

Eine ausführlichere Abhandlung von dem Eheverlöbniß kommt in den Pandecten und dem Kirchenrechte vor. Hier stehen nur drey der hauptsächlichsten Grundsätze. 1) Das Eheverlöbniß erfordert nach dem Römischen Recht keinen schriftlichen Aufsatz, keine Zeugen, keine Feyerlichkeit. In Deutschland aber sind an vielen Orten Zeugen zur Gültigkeit der Sponsalien nöthig. Im Hessen-Darmstädtischen müssen sich vermöge einer Verordnung vom Jahr 1723. die Verlobten (wirkliche Räthe, und wer ihnen im Rang gleich ist, ausgenommen) vom Prediger einsegnen, oder wie man es nennt, weinkäuflich copuliren lassen. Ehe dieses geschieht, entstehet keine Verbindlichkeit aus den Sponsalien. 2) Alle Personen können Sponsalien eingehen, die in eine künftige Ehe einwilligen können; eine unmündige Person kann also keine gültige Sponsalien schließen. 3) Die Verbindlichkeit, welche aus dem Eheverlöbniß entsteht, ist nach dem Römischen Recht nur eine unvollkommene, man kann also daraus nicht klagen (*1). Denn die Römer wollten, daß die Ehe schlechterdings frey und ungezwungen seyn sollte. Ob nach dem Canonischen Recht ein Zwangsrecht aus den Sponsalien entsteht, ist zweifelhaft; in der Deutschen Praxis ist die bejahende Meynung angenommen, und dieß ist der Analogie des Deutschen Rechts völlig gemäß. Denn da alle andere Verträge bey uns eine Klage wirken, so ist nicht einzusehen, warum das Eheverlöbniß darin eine Ausnahme machen soll (*2). Doch zwingt man einen Verlobten nicht schlechterdings zur Vollziehung der Ehe, weil ein solcher Zwang meistens eine unglückliche Ehe macht, sondern condemnirt ihn, im Fall einer hartnäckigen Weigerung, zu einer Abfindung und Strafe.

Nur in dem Falle, wenn der Bräutigam die Braut geschwängert hat, oder ausser Stand ist, eine Abfindung zu leisten, kann er nach der Meynung vieler Juristen zur Ehe schlechterdings gezwungen werden (*3). Ich pflichte dieser Meynung bey, wenn nicht, wie im Hessendarmstädtischen, die Zwangscopulationen durch ein Landesgesetz verboten sind. Denn Verträge müssen gehalten werden, und ich kann mir keine schändlichere Treulosigkeit denken, als ein ehrbares Mädchen, nachdem man sich mit ihr verlobt, und es geschwängert hat, zu verlassen (*4).

(1) Zu den Zeiten des Freystaats konnte man aus dem Eheverlöbniß, wenn es durch eine Stipulation bekräftiget war, auf das Interesse klagen. *Gell* noct. Att. lib. 4. cap. 4. Unter den Kaysern aber wurde eingeführt, daß man nach Belieben von einem geschlossenen Eheverlöbniß abgehen durfte, wie die ganz klaren Gesetze L. 1. Cod. de sponsal. (V. 1.) und L. 2. C. de repud. (V. 17.) zeigen.

(2) *Pufendorf* Tom. 3. Obs. 198.

(3) *Pufendorf* l. c. *Boehmer* princip. iur. canon. §. 371. —*— Das Preußische Landrecht II. 1. 1047 ꝛc. verordnet, daß in dem Fall einer unter dem Versprechen der Ehe geschehenen Schwängerung zwar kein Zwang zur Vollziehung durch priesterliche Copulation Statt finden, dagegen aber der Geschwächten die Rechte einer geschiedenen und für den unschuldigen Theil erklärten Ehefrau des Schwängerers zuerkannt werden sollen. W.

(4) Auf das Argument, welches Pufendorf braucht, daß das Eheverlöbniß durch den Beyschlaf in eine Ehe verwandelt werde, möchte ich in protestantischen Gerichten kein großes Gewicht legen, denn man nimmt hier etwas an, was sich nicht erweisen läßt.

§. 110. Axiomen von der Ehe.

Die Ehe ist 1) eine Gesellschaft. Denn eine Gesellschaft heißt eine Vereinigung mehrerer Personen, mit gemeinschaftlichen Kräften einen gewissen Zweck zu erlangen, und dieß geschieht in der Ehe. 2) Der Zweck der Ehe ist Kindererzeugung, Kindererziehung und gegenseitige Beyhülfe (*mutuum adiutorium*). 3) Das Römische Recht erfordert zur Ehe Einen Mann und Eine Frau. Diese müssen aber 4) beyde Römische Bürger seyn, wenn sie nemlich eine solenne und bürgerlich vollgültige Ehe (*connubium, nuptias*) schließen wollen. 5) Die Ehe ist ein Geschäft von Wichtigkeit; denn die Zufriedenheit und das Glück des Lebens hängt sehr davon ab. Auch ist die Last des Hauswesens und der Kindererziehung beträchtlich. 6) Die Ehe muß in der gesetzlichen Ordnung, und 7) auf Lebenslang eingegangen werden.

§. 111. Die Ehe erfordert (a) Einwilligung, (b) Personen, die zum Kinderzeugen tüchtig sind; (c) die Polygamie ist verboten.

Da die Ehe eine Gesellschaft (§. 108.) ist, jede Gesellschaft aber einen Vertrag, und jeder Vertrag die Einwilligung beyder Theile voraussetzt, so ist diese auch bey der Ehe erforderlich. Ein Blödsinniger und Höchstbe-

trun-

trunkener kann also keine Ehe schließen, weil er nicht einwilligen kann. Eine durch Drohungen und widerrechtliche Gewalt erzwungene (*1a), oder durch Lügen und betrügliche Ueberredungen erschlichene Ehe ist ungültig. Wenn also z. E. der Vater die Tochter mit Schlägen mißhandelt, mit Einsperren, Hunger u. d. gl. gequält hat, bis sie ihr Jawort gegeben hat, so ist die Ehe nichtig. Wenn mich eine Person durch Vorzeigung falscher Urkunden überredet, daß sie reich sey, und ich sie in dieser Voraussetzung heyrathe, so ist die Ehe ebenfalls ungültig (*1b). Auch ein unverschuldeter Irrthum in Ansehung der Person selbst, oder wesentlicher Punkte macht die Ehe nichtig. Wesentliche Punkte sind solche, welche der Irrende als stillschweigende Bedingungen voraussetzte und vorauszusetzen befugt war. Dahin gehört die Fähigkeit zum Beyschlafe, ehrlicher Stand; und bey einem Mädchen die jungfräuliche Keuschheit; das heißt, wenn ein Ehegatte ohne seine Schuld nicht gewußt hat, daß der andere Ehegatte zum Beyschlaf unfähig, ehrlos ist; wenn der Mann nicht gewußt hat, daß die Frau keine Jungfer mehr war, so ist die Ehe ungültig, dieß ist den Grundsätzen gemäß, die in der Lehre von den Verträgen unten (§. 734.) werden vorgetragen werden.

Die Ehe wird geschlossen, um Kinder zu zeugen. Daraus folgt 1) daß kein Castrat eine Ehe schließen kann (*2); denn Kinder zeugen ist ihm unmöglich. Wenn ihm der Landesherr übrigens die Ehe durch eine Dispensation erlaubt, welches aber billig, wegen des unausbleiblichen Scandals nicht leicht geschehen wird, so gilt sie als eine Titular-Ehe, und hat die Rechte des Ehestandes. 2) Die Mannsperson muß wenigstens 14, die Weibsperson wenigstens 12 Jahr alt seyn. Denn in diesen Jahren fängt nach Römischen Grundsätzen die Fähigkeit zum Kinderzeugen und Gebähren an (*3). Das Canonische Recht geht aber von dieser Vorschrift ab, und will, daß man nicht auf die Jahre sehen soll. Es erlaubt die Ehe auch noch vor dem 14. und 12. Jahr, wenn sich das Vermögen zur Geschlechtsfortpflanzung früher einstellt. In Deutschland hat man über diesen Punkt an den meisten Orten Landesgesetze, worin ein höheres Alter, als im Römischen Recht, vorgeschrieben ist. Z. E. im Hessen-Darmstädtischen ist in einer Verordnung von 1731. bey Mannspersonen das 25ste Jahr, im Casselischen hingegen ist das 20ste festgesetzt. Denn die Zeugungskräfte fangen in unserm kältern Clima später als in Italien an; und da bey uns die Ehe bey den Söhnen meistens, und bey den Töchtern allezeit der väterlichen Gewalt ein Ende macht, so ists nicht genug, daß Jemand Kinder zeugen oder gebähren kann, er muß auch dem Hauswesen vorstehen und Kinder erziehen können. Von der Ehe sehr betagter Personen habe ich im 108. §. gesprochen.

Die Ehe ist entweder Monogamy oder Polygamie; von beyden ist

die Gemeinschaft der Weiber unterschieden. Wenn nemlich Ein Mann Eine Frau zur Ehe hat, so ist es eine einfache Ehe oder Monogamie. Hat ein Mann mehrere Weiber, oder eine Frau mehrere Männer: so heißt es Polygamie oder vielfache Ehe. Und wenn endlich mehrere Männer sich mit mehreren Weibern verbinden, so daß jeder Mann jeder Frau soll beywohnen dürfen, so ist eine Gemeinschaft der Weiber vorhanden. Die Polygamie wird a) in Polyandrie, oder Vielmännerey, und Polygynie, oder Vielweiberey; b) in die gleichzeitige und nacheinander folgende (simultaneam et successivam polygamiam) eingetheilt. Wenn nemlich ein Mann mehr als eine Frau hat, so ist es Polygynie; hat aber eine Frau mehr als einen Ehemann, so ist es Polyandrie. Wenn jemand auf einmal mehr als einen Ehegatten hat, so heißt es die gleichzeitige, polygamia simultanea. Wenn hingegen jemand, nachdem seine erste Ehe getrennt ist, z. E. ein Wittwer oder Wittwe zur zweyten Ehe schreitet: so heißt es successiva polygamia. Das Römische Recht hält mit Grund die Monogamie für die bessere Ehe, und verbietet die gleichzeitige Polygamie; sowohl die Vielweiberey, als auch die Vielmännerey. Daß also noch mehr die Gemeinschaft der Weiber verboten sey, versteht sich von selbst. Die peinliche Gerichtsordnung Carls V. im 121. Art. erklärt die Bygamie, wenn jemand, dessen rechtmäßiger Ehegatte noch lebt, sich mit einem andern verheyrathet, für ein Verbrechen, das noch größer als der Ehebruch sey; verordnet indessen doch nur, daß es wie der Ehebruch peinlich bestraft werden sollte. Die successive Polygamie ist nach allen Rechten erlaubt.

Doch bemerke man: 1) eine Wittwe darf nicht zu frühe nach ihres Mannes Tode heyrathen. Dieß ist nicht nur der Ehrerbiethung zuwider, die sie dem verstorbenen Manne noch schuldig ist; sondern es kann auch eine Ungewißheit verursachen, ob das Kind, das sie nach des ersten Mannes Tode gebiert, von diesem oder von dem zweyten Ehemanne sey (*4 a). Wenn sie innerhalb dem Trauerjahre (anno luctus) (*4 b) heyrathet: so wird sie a) nach Römischem Recht infam; b) sie kann ihrem zweyten Ehemanne nicht mehr als den dritten Theil ihres Vermögens zubringen, auch nicht mehr in einem letzten Willen hinterlassen; c) kann aus dem Testament eines Fremden nichts erben, auch kein Vermächtniß erhalten; d) verliert alles, was sie vom verstorbenen Ehemanne erhalten hat, und kann e) von ihren Blutsfreunden nichts erben, wenn sie weiter als im dritten Grad mit ihr verwandt sind (*5). 2) Der Wittwer darf nach den Römischen Gesetzen heyrathen, sobald er will (*6). 3) Das Canonische Recht hebt (*7) die der Wittwe dictirte Strafe der Infamie auf. Ob es aber die übrigen Strafen abgeschafft habe, ist sehr zweifelhaft (*8). Indessen 4) ist die in der Praxis angenommene Meynung,

daß nach diesem Recht alle eben erzählte Strafen des Römischen Rechts abgeschafft seyen (*9). Eine Wittwe also, die das Trauerjahr nicht hält, wird um Geld oder mit Gefängniß bestraft. Dispensation wird übrigens ohne Anstand ertheilt, wenn nur ausgemacht ist, daß die Wittwe nicht schwanger sey. 5) In den meisten Deutschen Ländern ist nicht nur der Wittwe, sondern auch dem Wittwer eine Trauerzeit vorgeschrieben. Wenn er diese nicht hält, so hat ebenfalls eine Geld- oder Gefängnißstrafe Statt. Im Hessen-Darmstädtischen soll nach einer Verordnung vom Jahr 1744. der Wittwer drey viertel Jahr trauern.

6) Wird die zweyte Ehe nach verflossener Trauerzeit geschlossen, so ist sie zwar erlaubt; doch nicht so begünstigt als die erste, und hat verschiedene nachtheilige Folgen, welche man die *poenas secundarum nuptiarum* nennt; wiewohl es seltsam lautet, daß eine erlaubte Handlung gestraft werden soll. Die vornehmsten davon ((*10) sind, a) daß der Ehegatte, der zur zweyten Ehe schreitet, das Eigenthum dessen, was er vom Verstorbenen eigenthümlich geerbt hat, verliert, und nur den Nießbrauch behält (§. 736.); b) daß die Wittwe die Vormundschaft ihrer Kinder verliert (§. 169.); c) daß ein in der zweyten Ehe lebender Ehegatte dem andern Ehegatten nicht mehr im Testament hinterlassen kann, als ein Kind erster Ehe bekommt (§. 487.). Diese drey Strafen haben heutzutage noch Statt (*11).

(1 a) Auch nach dem Römischen Recht, wo es sonst noch sehr streitig ist, ob der Zwang jeden Vertrag ungültig mache, (§ 1005.) ist die erzwungene Ehe ungültig L. 2 D. de rit. nupt.

(1 b) Schott Eherecht, § 88. u. f. f. Indessen wollen manche Juristen z. B. *Stryck* interesse controvers. pag. 44. nicht einmal das Eheverlöbniß für ungültig halten, zu welchem Jemand durch falsche Vorspiegelung eines großen Vermögens verleitet worden ist.

(2) Das Römische Recht verbietet freylich die Ehe mit einem Castraten nicht ganz, sie war nur kein connubium legitimum L. 39. §. 1. D. de iure dot. Auch im Canonischen Recht findet sich kein Verbot. Erst Pabst Sixtus V. hat diese Ehen im J. 1587. untersagt, bey den Protestanten scheint also kein positives Gesetz dagegen zu seyn. Allein es sind doch Gründe genug vorhanden, diese Ehen nicht zu erlauben. *Boehmer* I. E. V. lib. 4. Tit. 15. §. 11. *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 1. obs. 80. Anderer Meynung sind *Leyser* sp. 297. med. 6. und *Müller* ad *Leyser* l. c. Engelhard am a. O. S. 54. u. f. Schott §. 84. Schröter vermischte jurist. Abh. 2. Band, 232. Seite.

(3) *Iust. Henning. Boehmer* de iuribus diversis ex diversitate climatis ortis §. 6. in exercit. ad Pand. Tom. 1. p. 279. Die Sicilianischen Frauenzimmer verheyrathen sich im dreyzehnten oder vierzehnten Jahr, und sind oft Grosmütter, ehe sie das dreyßigste Jahr erreicht haben. Brydone's Reise durch Sicilien 2. Band 58. Seite.

(4 a) Ob die Ursache, warum eine Wittwe im Trauerjahre nicht heyrathen darf, ganz allein in der angeführten Ungewißheit, turbatione sanguinis, wie Ul-

pian L. 11. §. 1. sqq. de his qui not. infam. sagt, oder auch in der dem Ehemanne schuldigen Ehrerbietung liege, ist bestritten. Man s. *Püttmann* interpret. et observ cap. 33. Probabil. lib. 1. cap. 17. Adversar. lib. 1. cap. 10. *Koehler* interpret. et emend. lib 2. cap. 8.

(4b) Dieses Trauerjahr ist nach den alten Römischen Gesetzen nur zehen, nach Justinians Verordnung aber, L. 2. C. de sec. nupt. (V. 9.) zwölf Monate lang. *Merill.* obs. lib. 5. cap. 30. *Gundlingian.* P. 8. p. 229.

(5) *Sarnighausen* diss de poena concubitus intra annum luctus privata, per cap. pen. et ult. X. de secund. nupt. non abrogata (Goett. 1775. 4) §. 3. p. 5. seqq.

(6) L. 9. D. de his, qui not. infam.

(7) Cap. pen. et ult. X. de sec. nupt.

(8) *Sarnighausen* diss. cit. §. 8. p. 16 seqq.

(9) *Boehmer* ius eccles. Prot. Tom 3. lib. 4. Tit. 21. §. 18. *Leyser* sp. 300. med. 19. Struben rechtl. Bed. 3. Band, 16. Bed. *Alssen* diss. de eo, quod hodie iuris est circa poenas secundis nuptiis scriptas. (Goett. 1751.) §. 29. p. 45. *Selchov.* diss. select. capita doctrin. de infam. §. 7.

(10) Vollständig beschreibt sie *Leyser* sp. 300. med. 1. 2. und *Alssen* in diss. cit. §. 11. p. 16.

(11) *Stryck* de success. ab intest. diss. 12. cap. 3. §. 13. *Leyser* spec. 300. med. 8. seqq. *Boehmer* consult. et decis. Tom. 2. arg. 860. n. 21.

§. 112. a) Eine bürgerlich vollgültige Ehe hat bey den Ausländern und Sklaven nicht Statt. b) Der Consens des Vaters ist zur Ehe erforderlich.

1) Nuptiae, connubium konnten bey den Römern nur unter den Bürgern geschlossen werden. Also Bürger konnten sie mit Fremden nicht eingehen, noch weniger freye Leute mit Sklaven, oder Sklaven mit Sklavinnen. Man bemerke nur: ein Bürger konnte mit einer Fremden eine eheliche Gesellschaft schließen; sie hieß aber nicht nuptiae, nicht connubium, sondern *matrimonium*, und hatte auch die Wirkungen des connubii nicht (§. 126.). Auch Sklaven konnten mit Sklavinnen verbunden werden, Kinder zu zeugen. Aber auch diese Verbindung hieß nicht connubium, oder nuptiae, sondern *contubernium* (*1), und die Rechte des connubii fielen gänzlich dabey weg. Heutigestages kann ein Bürger eine Ehe mit einer Weibsperson schließen, welche das Bürgerrecht nicht hat, und sie erhält es durch die Ehe, oder die Ehe bahnt wenigstens den Weg dazu. Auch eine Weibsperson, die das Bürgerrecht an einem Orte hat, kann einen Fremden heyrathen, und die Ehe hat dieselben Rechte, welche einer Ehe zwischen Bürger und Bürgerinn zukommen. Wenn freye und leibeigene Personen, oder zwey Leibeigene einander heyrathen: so hat die Ehe alle Wirkungen, welche sie bey zwey freyen Ehegatten hat; insofern nicht die Leibeigenschaft in Ansehung des Erbrechts der Eltern und Kinder, oder in Absicht der väterlichen Gewalt u. s. w. einige Einschränkungen verursacht (*2).

2) Söhne und Töchter, die in der väterlichen Gewalt stehen, sind in allen

ihren Handlungen an Befehl und Einwilligung des Vaters gebunden, daher auch in dem Heyrathen, und dieses um destomehr, da der Sohn, wenn er heyrathet, eine fremde Person in die Familie bringt, die Tochter hingegen, im Fall sie sich in manum mariti begab (§. 128.), aus der väterlichen Gewalt ging (*[3]). An den Consens der Mutter waren die Kinder nicht gebunden, so wenig als an die Einwilligung des Vaters, wenn sie nicht mehr in seiner Gewalt standen. Nach den alten Gesetzen war übrigens diese väterliche Gewalt so wie überhaupt, also auch in diesem Stücke unumschränkt. In den Zeiten der Kayser aber wurden ihr Grenzen gesetzt. Denn 1) wurde das Recht, eine Heyrath zu befehlen, auf die Töchter eingeschränkt (den Sohn kann der Vater nicht zwingen, eine Person zu heyrathen, die er nicht will); auch bey den Töchtern behielt es der Vater nicht ohne Unterschied; eine Tochter nemlich ist nicht schuldig, einen Mann auf Befehl des Vaters zu nehmen, wenn sie eine gerechte Ursache der Weigerung hat (*[4]). Auch 2) das Recht des Vaters, eine Heyrath der Kinder durch seinen Dissensus zu hindern, erhielt Schranken. Es verordnete nemlich das Julische und Papisch-Poppäische Gesetz, daß ein Vater, welcher seine Einwilligung in die Ehe eines Kindes ohne hinlängliche Ursache verweigere, durch den Prätor Urbanus dazu gezwungen werden solle (*[5]). Diese Sätze sind auch in Deutschland mit noch größerer Begünstigung der Kinder angenommen. Wenn ein Vater eine Tochter nöthigen will, einen Mann zu nehmen, den sie nicht will, so kann sie bey der Obrigkeit klagen, und diese ist, gesetzt auch, daß die Tochter keine gerechten Ursachen der Weigerung hat, dem Vater alle Mißhandlungen und Gewaltthätigkeiten zu untersagen, verbunden. Eben so kann, wenn der Vater den Consens in die Ehe eines Kindes ohne hinlängliche Ursache verweigert, das Consistorium den Consens wie man es nennt suppliren.

3) Wie stand es aber, wenn sich der Vater in der Gefangenschaft befand, oder sonst abwesend, oder blödsinnig war? Die neuesten Römischen Gesetze erlauben, daß die Kinder eines Gefangenen, oder auch eines sonst abwesenden Vaters, wenn man nicht weiß, wo er sich aufhält, heyrathen dürfen, wenn nur die Einwilligung des Vaters zu präsumiren ist. Die Kinder eines Blödsinnigen können eine Ehe schließen, wenn der Curator des Blödsinnigen, die Verwandten und die Obrigkeit einwilliget (*[6]).

Gesetzt aber, die Kinder schließen eine Ehe, ohne des Vaters Einwilligung einzuholen, in einem Fall, wo sie dieselbe hätten einholen sollen, was ist alsdann Rechtens? Nach dem Römischen Recht ist die Ehe nichtig, und zwar nicht allein, wenn der Vater sie mißbilliget hat, sondern auch alsdann, wenn sie ohne sein Vorwissen geschlossen ist (*[7]). Das alte Canonische Recht bestätigt diese Verordnung, Cap. 3. X. qui matrimon. accus. poss. Das neuere

hingegen, im Cap. 6. X. de raptor. geht davon ab. Auch das Tridentinische Concilium hat nach langem und heftigem Streiten der versammelten Bischöffe eine solche Ehe für gültig erklärt. In einigen Deutschen protestantischen Provinzen, z. E. im Braunschweigischen und der Mark Brandenburg ist durch Landesgesetze das Römische Recht bestätigt, und eine dergleichen Ehe für nichtig erklärt, wofern der Vater es verlangt. Allein wo man nun dergleichen Landesgesetze nicht hat, da fragt sichs: wird bey den Protestanten nach dem Römischen und alten Canonischen Recht, oder nach dem Neueren und dem Tridentinischen Concilium gesprochen? Verschiedene angesehene Juristen (*8) behaupten, daß die Ehe, wenn sie einmal durch priesterliche Trauung vollzogen ist, gelte, ob es gleich an der Einwilligung des Vaters fehle. Allein andere (*9) behaupten das Gegentheil, und diesen pflichte ich, doch mit der Einschränkung bey: wenn der Vater gegründete Ursachen hat, seine Einwilligung zu verweigern. Denn hat er diese nicht, so kann die Obrigkeit den Consens auch jetzt suppliren. In vielen Landesgesetzen wird auch die Einwilligung der Mutter, der Großeltern und des Curators erfordert. Doch ist die Ehe nicht ungültig, wenn sie ohne diese Einwilligung geschlossen wird, in sofern es die Gesetze nicht ausdrücklich vorschreiben (*10).

In der Anmerkung ist die Frage berührt: ob zu der Ehe gerade der Consens des Vaters nöthig, oder ob die Ratihabition, Genehmigung hinlänglich sey? Consens und Ratihabition sind darin unterschieden: Consens ist die Einwilligung, die ertheilt wird, ehe etwas geschieht; Ratihabition aber, welche erfolgt, nachdem es geschehen ist (§. 1144.). Also der Sinn der Frage ist: wird zu einer gültigen Ehe erfordert, daß der Vater seine Einwilligung vor deren Schließung ertheilt; oder ist die Ehe auch gültig, wenn sie der Vater erst billiget, nachdem sie schon geschlossen ist? Böhmer (*11) hat diese Frage weitläuftig erörtert, und gezeigt, daß nach dem alten Römischen Recht die Ratihabition nur auf die Zukunft, nicht auf das Vergangene wirkte. Wenn die Ehe z. E. im Jahr 1770. geschlossen wurde, und die Genehmigung des Vaters erst im Jahr 1775. erfolgte: so war die Ehe von 1770. bis 1775. unrechtmäßig. Die vor der Genehmigung gebohrnen Kinder waren also nicht legitim. Nachdem aber Justinian (*12) verordnet hat, daß die Genehmigung in allen Geschäften als ein Consens gelten und rückwärts wirken soll: so hat auch dieß bey der Ehe Statt.

(1) *Gundling*. diss. de contubernio servorum, in Gundlingian. Part. 10. pag. 412. seqq. — — Die Römer unterschieden a) connubium, nuptias oder legitimum matrimonium, b) matrimonium schlechtweg, und c) contubernium. Dieser Unterschied betrifft das Rechtsverhältniß der Ehe und die Wirkung derselben im Staate. Connubium war die bürgerlich vollgültige Verbindung, welche alle rechtliche Wirkungen der Ehe in ihrem ganzen Umfange hatte.

Dieß war, außer dem persönlichen Verhältnisse dazu fähiger Subjecte, auch noch ursprünglich an gewisse Formen gebunden, die sich aber mit der Zeit verlohren. (§. 113.) Matrimonium schlechtweg nannte man die eheliche Verbindung, in sofern der Staat nur die natürlichen Wirkungen der Ehe dabey anerkannte, ohne ihr die bürgerlichen in vollem Umfange zuzugestehen. Dieß setzte nur freye Menschen voraus. Contubernium hingegen ward die eheliche Verbindung genannt, die als solche im Staate ohne alle rechtliche Wirkung war. W.

(2) *Idem* de coniugio servorum, ibid. pag. 461. sqq. Möser über den Unterschied einer christlichen und bürgerlichen Ehe, in der Berliner Monatsschrift, May 1784.

(3) Die vorzüglichste Abhandlung über diese Materie ist *Ge. Lud. Boehmer* diss. de necessario parentum consensu in nuptiis liberorum, in elect. iur. civ. Tom. 1. Exercit. 16.

(4) Zwischen der Ehe der Söhne und Töchter war auch der merkwürdige Unterschied, daß zu jener die ausdrückliche Einwilligung des Vaters erforderlich, bey dieser hingegen es genug war, wenn der Vater nicht offenbar dissentirte. L. 12. C. de nupt. (V. 4.) L. 7. §. 1. D de sponsal. *Tob. Iac. Reinharth* diss. de arbitrio patris et matris in nupt. filiar. § 8. Wenn der Vater eine Tochter zwingen wollte, einen Mann zu nehmen, der ihr nicht gefiel: so war derselben blos in dem Falle erlaubt, sich zu widersetzen, *si indignus moribus* vel *turpis* erat sponsus, wie Ulpian L. 12. §. 1. de sponsal sagt. *Rom. Teller* diss. de duriore feminarum conditione in matrimonio contrahendo, th. 2. §. 3. not. i. th. 6. §. 10. sqq.

(5) L. 19. D. de rit. nupt. *Heinecc.* ad L. Iul. et Pap. Popp. lib. 1. cap. 5. p. 69. lib. 2. cap. 20 p. 333. *Reiding*. diss. ad L. 19. de *R. N.* in *Oelrichs* thesaur. diss Belgicar. Vol. 1. Tom. 2. p. 265. sqq. Eine gerechte Ursache, die Einwilligung zu verweigern ist, wenn die Kinder sich, ohne den Vater zu fragen, verheyrathen.

(6) Das Historische dieses Artikels ist: in den ersten Zeiten mußten die Kinder eines Gefangenen mit der Verheyrathung warten, bis der Vater zurückkam; denn als Gefangener konnte er weder consentiren, noch dissentiren. Heyratheten sie während seiner Abwesenheit, und er kam zurück: so konnte er die Ehe umstoßen. Starb er hingegen in der Gefangenschaft: so blieb die Ehe gültig, arg. L. 12. L. 22. §. 2. D. de captiv. Neuere Gesetze verordnen indessen, daß, wenn der Vater drey Jahre in der Gefangenschaft gewesen sey, die Kinder auch ohne seinen Consens sollten heyrathen können, L. 9. de rit. nupt. Nachher wurde noch weiter den Kindern erlaubt, auch noch vor Ablauf dieser Zeit zu heyrathen, wenn sie sich nur einen solchen Gatten wählten, gegen welchen der Vater wahrscheinlich nichts zu erinnern habe, L. 11. D. eod. Diese Verordnung dehnten die Juristen auf den Fall aus, wenn der Vater zwar nicht gefangen, aber doch abwesend ist, und man nicht weiß, wo er sich aufhält, L. 10. et 11. D. eod. *Bynkershoeck* obs. lib. 5. cap. 24 War endlich der Vater blödsinnig: so behaupteten einige Juristen, daß die Töchter zwar heyrathen könnten, aber nicht die Söhne: denn bey der Verheyrathung der Töchter war es, wie ich vorhin bemerkte, genug, wenn der Vater nicht dissentirte. Andere glaubten, auch der Sohn dürfte heyrathen. K. Marcus

Antoninus entschied diesen Streit dahin, daß Söhne und Töchter eines *mente capti* heyrathen dürften. Allein nun fragt sichs: ob dieß auch bey Kindern eines *furiosi* gelte? Nemlich mente captus heißt hier einer, der ohne Hoffnung der Besserung und ohne Unterlaß von Verstand ist; furiosus, ein Rasender, welcher zuweilen zu sich kommt, *intervalla furoris* hat, und dessen Herstellung man hoffen kann. Einige glaubten, die Kinder eines solchen furiosi müßten einen Zwischenraum des Wahnsinnes oder die Herstellung der Vernunft abwarten. Justinian entschied auch diesen Streit in der L. si furiosi 25. C. h. t. (V 4) und erlaubte den Kindern eines furiosi zu heyrathen, *Merill.* Opp. Part 2. pag 67. sqq., wenn die Obrigkeit oder der Bischof mit Zuziehung des Curators vom Rasenden und der Verwandten die Heyrath rathsam findet.

(7) L. 11. D. de stat. hom. §. 12. I. h. t. L. 2. L. 18. L. 35. D. de rit. nupt. *Huber* digress. Part. 2. lib. 1. cap. 15 *Pufendorf* obs. iur. univ. Tom. 3. obs. 43. *G. L. Boehmer* l. c. cap. 4. §. 65. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 74. Das Gegentheil, daß eine solche Ehe zwar matrimonium iniustum aber nicht nullum sey, behauptet *Cuiacius* lib. 3. obs. cap 5 mit Andern. Sie berufen sich vornehmlich auf eine Stelle in *Paull.* sent. II. 19. 2. die aber ihre Meynung nicht beweiset. Man s. *Schulting.* ad d. l. p 300.

(8) *Carpzov.* iurispr. consist. lib. 2. def. 60. *Thomasius* in diss. de validitate coniugii invitis parentibus contracti §. 20. *Boehmer* princip. iur. canon §. 369.

(9) *I. H Boehmer* I E. P. lib 4. tit. 2. §. 22. tit. 3. §. 51. *Stryck* de dissens. sponsalit. sect. 4 cap. 1. §. 32. Schott Eherecht S. 187. Auch G. L. Böhmer vertheidigt diese Meynung noch in der angef. Diss. d. cap. 4. §. 63 Die Kinder können sonst den Consens des Vaters allezeit erzwingen. Sie dürfen sich, wenn der Vater nicht einwilligen will, nur trauen lassen. Ein schlechtdenkender Pfarrer, der dieses für ein ansehnliches Stück Geld thut, findet sich wohl. Daß das neuere Canonische Recht dergleichen Ehen für gültig erklärt, fließt aus dem Princip, die Ehe sey ein Sacrament, und dieß nehmen die Protestanten nicht an. Das Tridentinische Concilium ist bey ihnen durchaus nicht als Gesetz angenommen. Doch alles Disputiren über diese Sache ist unnütz, sagt Herr Biener not. ad *Heinecc.* el. iur. civ. sec. ord. inst. §. 150; da in dem Augspurger Reichsabschiede vom J. 1548. art. 21. §. 9. deutlich entschieden ist, daß die Ehe wegen ermangelndem elterlichen Consens nicht ungültig seyn solle. Dieses Argument wäre stark, wenn der Augsburger Reichsabschied nur nicht das *interim* wäre.

(10) *Selchov.* elem. iur. germ. §. 416. *G. L. Boehmer* diss. cit. d. cap. 4. §. 64.

(11) *G. L. Boehmer* diss. cit. §. 21.

(12) L. 25. C. de donat. int. vir. et ux. (V. 16.) L. 7. C. ad SCt. Maced. (IV. 28.)

§. 113. Von der gesetzlichen Form der Ehe.

Die Ehe muß nach der gesetzlichen Ordnung eingegangen werden (*[12]). Nach dem neuern Römischen Recht ist weiter nichts erforderlich, als der eheliche Consens; das heißt, beyde Theile müssen einwilligen, daß eine wahre Ehe unter ihnen seyn, und alle rechtlichen Wirkungen derselben Statt finden sollen. Auch nach dem alten Canonischen Recht ist er hinlänglich. Hin-

Hingegen nach der Tridentinischen Kirchenversammlung muß der eheliche Consens in Gegenwart des eigenen Pfarrers der Verlobten und zweyer Zeugen erklärt werden. Eine Einsegnung oder Trauung ist nicht nöthig, ob es gleich viele Juristen, ganz irrig, behaupten. Endlich bey den Protestanten ist durch eine allgemeine Observanz in ganz Deutschland die priesterliche Trauung (hierologia ecclesiastica, benedictio sacerdotalis, copula sacerdotalis) eingeführt. Sie ist ein wesentliches Erforderniß der Ehe, und ohne sie ist keine wahre Ehe möglich (*1). Uebrigens heißt jene Erklärung des ehelichen Consenses in Gegenwart des Pfarrers und zweyer Zeugen bey den Catholiken, und die priesterliche Trauung bey den Protestanten die kirchliche Feyerlichkeit (*solennitas ecclesiastica*) der Ehe.

Die Anmerkung bestimmt den Unterschied zwischen der Ehe und dem Concubinate. Concubinat hieß bey den Römern die Verbindung eines unverheyratheten Mannes mit einer ledigen Weibsperson zum Beyschlaf, welche nicht in der Absicht geschlossen wurde, daß die Weibsperson die Rechte einer Ehefrau, und die Kinder die Rechte ehelicher Kinder erhalten sollten. Dieser Concubinat war nach Römischen Gesetzen erlaubt (*2). Durch das Canonische Recht und die deutschen Reichsgesetze hingegen ist er verboten worden. Diese Gesetze erklären jede Verbindung zum Beyschlafe ausser der Ehe für ein Verbrechen. Vom Concubinate, wenn man das Wort genau nimmt, ist unterschieden a) die Gewissensehe (mariage de conscience), eine Verbindung, worin ich eine Weibsperson für meine wirkliche Ehefrau, und sie mich für ihren Ehemann erklärt und aufnimmt, die aber ohne kirchliche Feyerlichkeit vollzogen wird. b) Die Ehe zur linken Hand (matrimonium ad morganaticam, ad legem Salicam), das heißt eine Ehe, bey welcher zwar die kirchliche Feyerlichkeit beobachtet, aber zugleich festgesetzt ist, daß die Frau nicht die Würde des Mannes, die Kinder nicht den Stand des Vaters, auch das völlige Successionsrecht ehelicher Kinder nicht bekommen, sondern mit einer gewissen Summe abgefunden werden sollen. Die Gewissensehe ist weder nach bürgerlichen, noch nach geistlichen Gesetzen eine gültige Ehe; und die aus derselben erzeugten Kinder succediren nicht. Dieß ist wenigstens bey Privatpersonen ausser Zweifel (*3). Die Ehe zur linken Hand ist endlich nur bey Regenten gewöhnlich, und bey diesen ohne Zweifel eine gültige Ehe. Ob sie aber von andern Personen gültig geschlossen werden könne, ist an Orten, wo man in diesem Stücke weder geschriebene Gesetze noch Gewohnheiten hat, zweifelhaft (*4). Ich trete denen bey, welche eine solche Ehe für gültig halten, indem wir kein allgemeines Gesetz dagegen haben, und jeder Vertrag, welchen die Gesetze nicht verbieten, verbindlich ist.

(1 a) Nach dem ältern Römischen Rechte ward eine bürgerlich vollgültige Ehe,

wodurch auch die Frau völlig in die Gewalt des Mannes überging – conventio in manum – (§. 128.) geschlossen; 1) durch feyerliches Opfer – confarreatio – 2) durch solennen Kauf – coëmtio – 3) durch eine Art der Verjährung eines Jahres – usus. – Hierüber sind *Heineccius* antiquitat. Rom. h. t. §. 1–14. und Hugo Rechtsgeschichte §. 59 rc. nachzusehen. Diese Formen, und mit ihnen die strengern Wirkungen der Ehe nach dem ältern Rechte, kamen von Zeit zu Zeit immer mehr ausser Gebrauch. Das neuere Römische Recht in den Pandecten und im Codex weiß von keiner besondern nothwendigen Form mehr, nur daß bey den Vornehmern pacta dotalia erfordert wurden. Nov. 117. cap. 4. W.

(1 b) *I. H. Boehmer* in I. E. P. lib. 4. tit. 3. §. 39. sqq. *Müller* ad *Leyser* Tom. 6. Fascic. 1. pag. 196. sqq. wiewohl einige Theologen und Juristen anderer Meynung sind. Man s. z. E. *Reinh. Fridr. Sahme* diss. de matrimon. legitimo absque benedict. sacerdotali. Regiom. 1720. rec. Hal. 1744. *Alex. Guin. Pagenstecher* diss. qua adstruitur benedictionem sacerdotalem non esse de essentia matrimonii. Teutob. ad Rh. 1752.

(2) Eine Vergleichung der Ehe und des Concubinats hat *Ramos del Manzano* tract. de concubinis in Meermann. thesaur. T. 5. p. 551. sqq. *Heineccius* ad L. Iul. et Pap. Popp. L. 2. Cap. 4. Der Concubinat kam in manchen Stücken mit der Ehe überein, in manchen war er davon verschieden. Niemand durfte neben seiner Frau eine Concubine, L. ult. D. de divort. L. 121. de V. O. und Niemand mehr als Eine halten. Nov. 18. cap. 1. Mit Personen, welche man, der zu nahen Verwandtschaft oder Affinität wegen, nicht heyrathen durfte, konnte man auch nicht im Concubinat leben. L. 1. §. 1. de concub. L. 56. de rit. nupt. Dagegen konnte ein Freygebohrner mit Weibspersonen, mit welchen er keine Ehe schliessen durfte, z. E. feilen Dirnen, Sklavinnen, einen Concubinat eingehen. L. 1. §. de concub. L. 16. de his quae ut ind. L. 38. pr. D. de reb. auct. iud. poss. Eine ingenuam honestam durfte man nicht als Concubine haben. L. 1. §. 1. L. 3. pr. de concub. Die Concubine hatte die Rechte einer Ehefrau nicht, ihre Kinder nicht die Rechte ehelicher, waren auch nicht in der väterlichen Gewalt. Von Augusts Zeiten an wurde der Concubinat mehr begünstigt und geehrter, als zuvor. Die lex Iulia und Papia Poppaea erlaubte ihn ausdrücklich. Concubinatus per leges nomen adsumsit, sagt Marcian L. 3. §. 2. de concub. Allein Constantin gab sich Mühe ihn auszurotten. Er erhielt sich indessen, da die folgenden Kaiser ihm nicht so ungünstig waren, bis auf K. Leo, der ihn in s. Nov. 91. abschaffte. *Heinecc.* l. c. Pabst Leo der X. gab eine Verordnung dagegen, die libr. 7. decretal. tit. 16. cap. 1. steht. In Deutschland ist er in den Polizeyordn. vom Jahr 1530. tit. 33. und 1548. Tit. 25. verboten.

(3) Ob aber auch bey Reichsfürsten und Grafen, besonders bey Protestantischen, eine solche Gewissensehe als eine wahre Ehe anzusehen sey, ist sehr streitig. In unsern Tagen hat der Leiningische Fall Aufsehen genug gemacht. Die Ungültigkeit der Gewissensehe behauptet *Christ. Hartm. Sam. de Gatzert* progr. de liberis ex matrimonio conscientiae illegitimis, Giss. 1773. Für die Gültigkeit schrieb *Io. Georg Schloer* diss. vindiciae legitimorum natalium liberorum e matrimoniis S. R. I. Principum comitumve Augustanae confessioni addictorum solo mutuo consensu matrimoniali, neglecta omni solennitate ecclesiastica contractis natorum Mogunt. 1782.

(4) *Leyser sp.* 299. m. 2. und Runde im deutschen Recht §. 673. bejahen es. Aber Coccedji und Lynker an den von Leyser citirten Orten, *Cramer* de iuribus nobilit. avit. T. 1. cap. 4. p. 236. seqq. *Ludolph* de iurib. fem. illustr. P. 1. §. 16. n. 3. *Claproth* iurisprud. hevrematica Part. 1. sect. spec. cap. 1. tit. 14. §. 138. *G. L. Boehmer* Princip. iur. can. §. 357. und von *Selchow* diss. de matrimonio nobilis cum vili et turpi persona, §. 21. in elect. iuris Germ. p. 384. behaupten das Gegentheil, und halten diese Ehe unter Privatpersonen für ungültig, wenn sie ohne besondere Erlaubniß des Landesherrn geschlossen wird. Im Preußischen Landrecht II. 1. 835. rc. ist sie zwar mit gewissen Einschränkungen gestattet, jedoch wird allemal zu ihrer Gültigkeit die unmittelbare landesherrliche Erlaubniß erfordert.

§. 114. Von verbotenen Ehen.

Weil die Ehe nach gesetzlicher Vorschrift vollzogen werden muß, so folgt ferner, daß die Personen keine gültigen Ehen schließen können, denen es die Gesetze verbieten. Die Gesetze aber untersagen es manchen Personen aus natürlichen Gründen (*[1]), weil sie nämlich zu nahe verwandt oder verschwägert sind; andern aus politischen Ursachen, weil die Ehe für die Religion oder den Staat gefährliche Folgen haben könnte (*[2]). Im ersten Falle heißt die Ehe *nuptiae incestae.* Wird eine Ehe, die an sich nichtig ist, bona fide, eingegangen, das heißt, entweder beyden Theilen, oder einem derselben ist unbekannt, daß die Ehe nichtig ist: so heißt sie eine vermeyntliche, *matrimonium putativum.* Dahin gehört z. E. die Ehe zwischen Bruder und Schwester, denen ihre Verwandtschaft unbekannt ist. Die aus einer solchen Ehe gebohrnen Kinder sind legitim, und, wenn anders der Vater in bona fide ist, auch in der väterlichen Gewalt (*[3]).

(1) Die Römischen Gesetzgeber glaubten, daß schon die Natur die Ehen der nahen Verwandten und Schwäger untersage (§. 65.). Auch neuere Philosophen und Juristen haben dieß behauptet. Hier ist der Ort nicht die Gründe dieser Meynung anzuführen und zu prüfen. Ich trete denen bey, welche dafür halten, daß die Ehe auch unter den nächsten Verwandten an sich selbst nicht unsittlich ist, und daß diese Personen unter gewissen Umständen, z. B. wenn Bruder und Schwester auf eine unbewohnte Insel geworfen würden, einander ohne Verletzung des Moralgesetzes heyrathen könnten; daß indessen die bürgerlichen Gesetzgeber hinlängliche und wichtige Gründe gehabt haben, die Ehen unter den nächsten Verwandten, Eltern, Kindern und Geschwistern zu verbieten. Es ist, wie Michaelis in s. Mos. Recht 2. Th. §. 108. und in der Abh. über die Ehegesetze Mosis §. 57. rc. sehr gut ausgeführt hat, bey dem genauen Umgang, den diese Personen mit einander haben, und da sie von Kindheit an in Einem Hause beysammen wohnen, nicht möglich, der in die Familien einreißenden Unzucht zu wehren, und der frühen Verführung vorzubeugen, wenn diese Ehen erlaubt sind, und die geringste Hoffnung vorhanden ist, eine vorgegangene Schande durch eine nachfolgende Heyrath zu bedecken.

(2) Heineccius theilt mit Andern die verbotenen Ehen in incestas, indecoras, und noxias ein. Die Eintheilung aber ist weder logisch richtig, noch den Römischen Juristen bekannt.

(3) Man s. davon und insonderheit über die Frage: ob diese Ehe alle Wirkungen einer gültigen Ehe habe, *Hert.* diss. de matrimonio putativo, in opuscul. Vol. 1. Tom. 1. n. 7. *Ern. Christ. Westphal* diss. de veris casibus matrimonii putativi, Hal. 1758. *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 1. Obs. 78. 79. *Hommel* rhapsod. Obs. 415.

§. 115. Was sind Verwandte und Schwäger?

Eine incestuose Ehe wird unter Personen geschlossen, die zu nahe verwandt oder verschwägert sind. Es ist also zu untersuchen: was Verwandten und Schwäger, und was zu nahe Verwandten und Schwäger sind? Verwandten oder Blutsfreunde (*cognati*) sind Personen, 1) deren eine von der andern abstammt, oder 2) die von einem gemeinschaftlichen Stamme (Einem Stammvater, oder Einer Stammmutter) herkommen. Vater und Sohn sind Verwandten, weil dieser von jenem unmittelbar abstammt; Großvater und Enkel, weil der letzte von dem ersten mittelbar herkommt. Bruder und Bruder, Neffe und Oheim, Geschwister Kinder sind verwandt, weil sie einen gemeinschaftlichen Stammvater, oder eine gemeinschaftliche Stammmutter haben. Ob die Procreation in einer rechtmäßigen Ehe, oder in einem unehelichen Beyschlafe, oder in einem Contubernium, einer Sklaven-Ehe, geschehen sey, ist einerley. Z. E. der Vater eines unehelichen Kindes ist eben sowohl mit ihm verwandt, als der Vater eines ehelichen; ein Sklave ist mit seinen Kindern, Geschwistern u. s. w. verwandt, sowohl als ein Freyer. Die Affinität oder Schwägerschaft ist eine Verbindung zwischen einem Concumbenten und des andern Concumbenten Verwandten. Durch den Beyschlaf mit einer Person, welche Verwandte hat, wird man mit diesen Verwandten verschwägert; der Beyschlaf mag übrigens in der Ehe, oder ausser derselben geschehen (*1). Also verschwägert mit mir sind nicht nur die Personen, welche man im gemeinen Leben Schwäger nennt, meiner Frauen Brüder und Schwestern, sondern auch ihre Eltern, meine Schwiegereltern. Auch Stiefkinder und Stiefeltern sind miteinander verschwägert.

Um die Verwandtschaften und Schwägerschaften deutlicher vorstellen zu können, hat man Zeichen erfunden. Eine Person, sie sey Mann oder Weib, wird so bezeichnet: O. Will man aber Mannspersonen und Weibspersonen unterscheiden, so ist für das männliche Geschlecht dieses: O; für das weibliche sind folgende Zeichen angenommen: □ △ ▽ —. Wenn man andeuten will, daß zwey Personen von einander abstammen: so setzt man sie, über

einander, und verbindet sie durch einen von oben nach unten gehenden Strich.

A C
B D

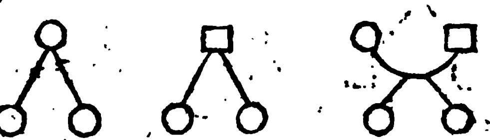
A hat den B gezeugt, C hat die D gebohren. Um Personen anzuzeigen, die mit einander concumbiren, verbindet man sie durch eine krumme Linie.

A B

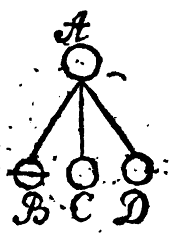
A und B haben in oder ausser der Ehe concumbiret. Wenn also Vater, Mutter und Kinder bezeichnet werden sollen, so geschieht dieses also:



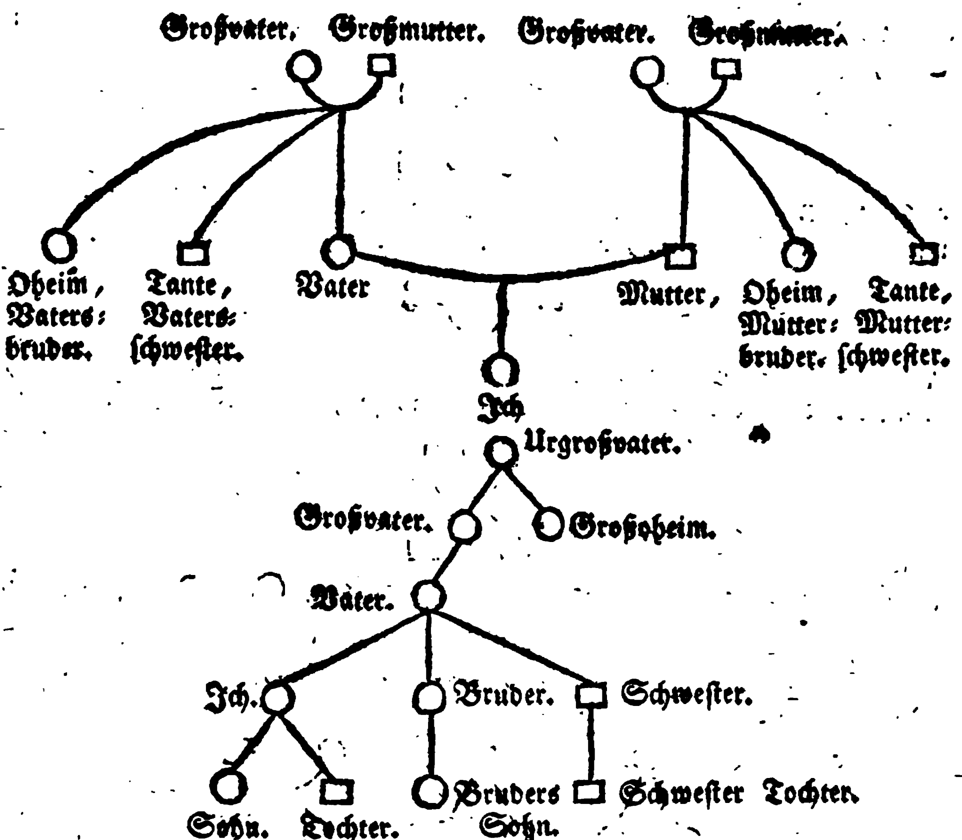
Einige bedienen sich auch des geraden Querstriches, um Geschwister anzudeuten. Man hat aber dieses Zeichen nicht nöthig, da man Geschwister durch Beyfügung des Vaters, oder der Mutter, oder beyder Eltern deutlicher charakterisiren kann.



Wenn eine Person verstorben ist, so wird sie durchstrichen.



B ist also verstorben, A C und D sind noch am Leben. Mit diesen Zeichen ist es leicht, ganze Verwandtschaftstafeln, oder Sippschaftsbäume (schemata cognationis) zu entwerfen. Hier sind einige.



Eine nützliche Uebung für den Anfänger ist es, solche Tafeln zu verfertigen; und sie haben dabey zu bemerken, daß man jedesmal bey sich selbst die Bezeichnung anfängt. Wenn ich z. E. meine Stiefmutter vorstellen soll: so setze ich mich zuerst hin.

○ Ich.

Alsdann steige ich hinauf, und setze meine Mutter und meinen Vater.

Vater. ○ □ Mutter.

○ Ich.

Nun wird die Mutter durchstrichen, ihr Absterben anzuzeigen, und dem Vater eine zweyte Frau gegeben,

Vater.
Stiefmutter. Mutter.

Ich.

Soll ich meinen Schwiegersohn vorstellen: so sehe ich mich an.

Ich.

Alsdann meine Frau und Tochter,

und endlich den Mann dieser Tochter

Ich

mein Schwieger-sohn.

Einige juristische Räthsel, woran man seinen Scharfsinn üben kann, sind: 1) Die leibliche Schwester meiner Tante, die nicht meine Tante ist, wie ist sie mit mir verwandt? 2) Dieses Menschen Vater ist meines Vaters einziger Sohn, wie ist er mit mir verwandt? 3) Dieses Kind ist von meiner Mutter gebohren, und ist gleichwohl weder ihr Sohn, noch mein Bruder, wie ist es mit ihr und mir verwandt? 4) Zwey Weibspersonen zeigen auf ihre Kinder, und sagen:

> Diese Kind sind unsre Kind,
> Ihre Väter unsre Brüder sind,
> Und dieses doch in rechter Eh:
> Nun rathe, wie die Sippschaft steh!

Die Auflösung dieser Räthsel soll unten mitgetheilt werden.

Anmerkung: 1) Die Verwandten (*cognati*, in allgemeiner Bedeutung sind entweder *agnati*, oder *cognati* in engerer Bedeutung. Ein Agnat ist durch die Zeugung mit mir verwandt, ein Cognat durch das Gebähren. Agnaten also von mir sind, mein Vater, mein Sohn, meine Tochter, meines Sohnes Kinder, meine Schwester, mein Bruder, meines Vaters Bruder, meines Bruders Sohn ꝛc. Cognaten aber meine Mutter, Großmutter, meiner Tochter Kinder, meiner Mutter Bruder, Mutter Schwester ꝛc. (*2).

2) Nach dem Antejustinianeischen Recht war zwischen den Agnaten und Cognaten ein großer Unterschied. Die Agnaten erbten einander ohne Testa-

ment (ab intestato), die Cognaten nicht. Daher waren auch nur die Agnaten zur Uebernehmung der Vormundschaft verbunden (§. 183.). Unter den Agnaten war also eine bürgerliche Verbindung (nexus civilis), unter den Cognaten eine blos natürliche; die physische Blutsfreundschaft. Iura agnationis sunt civilia, iura cognationis naturalia (*3).

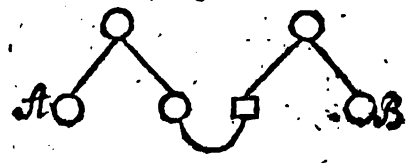
3) Die Agnaten sind entweder Gentilen oder Agnaten im strengeren Verstande. Gentiles nannte man Personen, die zwar einen gemeinschaftlichen Stammvater hatten, aber doch so weitläuftig verwandt waren, daß sie den Grad der Verwandtschaft nicht angeben, keinen Stammbaum mehr entwerfen konnten. Sie führten den Beweis der Verwandtschaft blos durch das nomen gentilitium, imagines gentilitias, sacra gentilitia u. d. gl. So lang ein Römer noch wußte, wie er mit dem andern verwandt war, nannte er ihn seinen Agnaten (*4).

4) Justinian hat den rechtlichen Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten in der Nov. 118. cap. 4. aufgehoben; die Cognaten kommen zur Vormundschaft und Succession mit den Agnaten.

5) Die Verwandtschaft ist entweder blos natürlich, oder blos bürgerlich, oder beydes zugleich. Eine Verwandtschaft, welche durch die Annehmung an Kindesstatt entsteht, heißt blos bürgerlich; die, welche durch unehelichen Beyschlaf, oder durch eine Sklavenehe (contubernium servile) entsteht, ist blos natürlich; diejenige endlich, welche durch eheliche Fortpflanzung bewirkt wird, heißt bürgerlich und natürlich zugleich. Alle drey Arten von Verwandtschaften sind übrigens ein Hinderniß der Ehe.

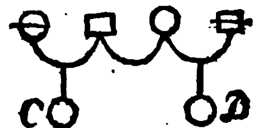
6) Die Quasi-Adfinität entsteht entweder aus dem Eheverlöbniß, oder bleibt nach der Ehescheidung (5). Wenn ich mich nemlich mit einer Person verlobe, so werde ich von ihren Verwandten ein quasi adfinis; und wenn ich mich von meiner Ehefrau scheiden lasse, sie aber nach der Ehescheidung Kinder von einem andern Manne gebiehrt, so sind diese meine quasi adfines. Auch wenn ich nach der Ehescheidung Kinder mit einer andern Frau zeuge, so sind sie quasi adfines von meiner ersten Ehefrau.

7) Wenn zwey Personen einander heyrathen, so werden dadurch die Verwandten der einen Person keine Schwäger von den Verwandten der andern (consanguinei duorum concumbentium non sunt adfines); z. E. der Bruder eines Ehemannes ist kein Schwager von dem Bruder der Ehefrau; also A und B sind keine Schwäger.



Eben

Eben so wenig bin ich verschwägert mit den Verwandten meines Stiefvaters und meiner Stiefmutter. Auch die zugebrachten Kinder (comprivigni), C und D sind nicht verschwägert.



(1) Modestinus sagt zwar L. 4. §. 8. D. de grad. et aff. die Affinität entstehe nur aus iustis nuptiis. Allein er redet von einer vollkommenen Schwägerschaft. *Vinn.* §. 9. h. t. *Otto* diss. cit. de vetitis affin. nupt. cap. 3. §. 1. in *Oelrichs* thesaur. nov. Vol. 3. Part. 2. pag. 279. — — Vermöge der angeführten L. 4. §. 3. 8. 10. D. de grad. et aff. und §. 9. I. h. t. behauptet *Chr. Theoph. Gmelin* diss. de vero conceptu affinitatis eiusque gradibus et generibus, nec non eiusdem effectu respectu matrimonii prohibiti Tub. 1801. nach den Grundsätzen des Römischen Rechts, in Ansehung des unehelichen Beyschlafs, das Gegentheil. Nach dem Canonischen Rechte, dem wir in der Anwendung folgen, hat der erweiterte Begriff der Schwägerschaft kein Bedenken. c. 7. 14 15. 21. C. 35. qu. 2. W.

(2) *D'Arnaud* var. coniect. lib. 1. cap. 6. und *Ern. Martin. Chladenius* de gentilitate vet. Rom. cap. 1. §. 7. p. 12. behaupten, nur in den Seitenlinien gebe es Agnaten, nicht in der auf- und absteigenden. Aber *Püttmann* interpret. et observ. cap. 10. widerlegt diese sonderbare Meynung gründlich.

(3) Der reine richtige Begriff von agnatio und cognatio, agnati und cognati ist demnach: agnatio ist die bürgerliche Verbindung, welche die Römischen Gesetze unter Verwandten festgesetzt haben; cognatio die natürliche Blutsfreundschaft. Agnati sind Verwandten, unter welchen jener bürgerliche nexus Statt findet; cognati solche, bey welchen er nicht gilt §. 3. I. de legit. agnat. tut. Daraus ist einzusehen, 1) warum die Adoption zwar eine Agnation wirkt, aber keine Cognation; L. 23. D. de adopt. 2) Warum die Agnation durch die capitis Deminution verlohren geht, nicht die Cognation (§. 186.). 3) Warum ein Sklave und daher auch ein libertus keine Agnaten haben konnten. 4) Warum die Verwandten durch Zeugung, z. E. ich und mein Sohn, ich und mein Bruder *agnati et cognati simul* heißen; die Verwandten durch Gebähren hingegen, z. E. meine Mutter und ich, meiner Mutter Bruder und ich, *cognati tantum*, oder welches auf Eins hinauskommt, warum jeder Agnat auch ein Cognat ist, umgekehrt aber der Cognat kein Agnat.

(4) *Chladenius* l. c. cap. 1. §. 3. et 7. cap. 6. §. 3. Hieraus ist zu erklären, warum die Gesetze der zwölf Tafeln sagen: wenn Jemand ohne Testament sterbe, so solle sein nächster Agnat erben, wenn dergleichen aber nicht vorhanden sey, sollten die *gentiles* zur Erbschaft gelangen. Gentilis proximus konnten sie nicht sagen, denn kein gentilis konnte den Grad der Verwandtschaft angeben. Ferner ist hieraus zu erklären, warum in den Zeiten der Kayser die *successio gentilium* ganz abgekommen ist. Ulpian sagt (collat. leg. mos. tit. 16.): nec gentilium iura in usu sunt. Die alten berühmten gentes starben aus, oder kamen durch Verschwendung herunter, die Fami-

lienverbindungen, welche im Freystaate wichtig waren, galten in der Monarchie nicht mehr so viel, sie waren vielmehr den Kaysern verhaßt; eine Menge Fremder erhielt in Rom das Bürgerrecht, und gelangte zu den höchsten Aemtern, und so hörten dann endlich alle iura gentilitia auf. Wer nun ab intestato erben wollte, mußte zeigen, daß er agnatus proximus sey. Ich habe diese Ideen ganz allein dem angeführten Chladenius zu danken, denn bey allen übrigen Autoren, die ich nachgeschlagen habe, ist über den Unterschied der Gentilen und Agnaten nichts befriedigendes, deutliches zu finden.

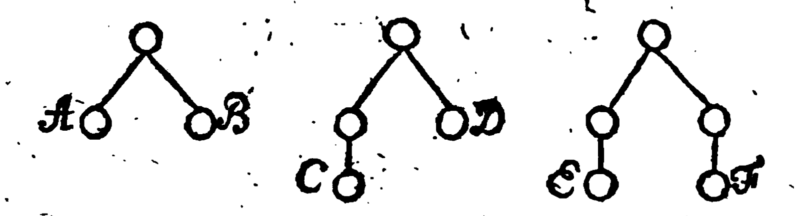
(5) §. 9. I. h. t. L. 12. §. 1. 2. 3. de ritu nuptiar.

§. 116. Von den Graden und Linien.

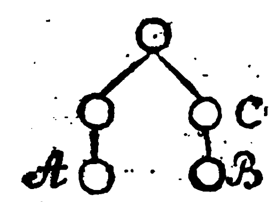
Bey der Blutsfreundschaft sind die Linien und die Grade zu bemerken. Der Grad ist die **Entfernung der Verwandten**. Man kann von zwey Personen ein Verwandter, aber doch mit der einen näher, als mit der andern verwandt seyn, nachdem man entweder unmittelbar oder mittelbar, durch mehrere oder wenigere Zwischenpersonen von Jemanden, oder mit ihm von einem gemeinschaftlichen Stamme herrührt. Diese verschiedene Entfernung zweyer Personen von einander in Absicht ihrer Verwandtschaft heißt der Grad (*1). Die **Linie ist eine Reihe von Verwandten**, das heißt, mehrere Verwandten zusammengenommen, machen eine Linie aus. Die Linie ist entweder die **gerade** (linea *recta*), oder die **Seitenlinie** (*obliqua, collateralis*). Wenn ich von einem abstamme, oder er von mir; so sind wir in der geraden Linie verwandt. Diese Linie enthält also **Nachkommen oder Descendenten, und Vorfahren oder Ascendenten**. Nemlich meine Nachkommen oder Descendenten heissen alle die, welche von mir abstammen; mein Sohn, Enkel, Urenkel rc.; meine Vorfahren oder Ascendenten diejenigen, von denen ich abstamme; mein Vater, Großvater, Urgroßvater rc. rc. Die gerade Linie wird auf diese Art vorgestellt:

○ Urgroßvater.
○ Großvater.
○ Mein Vater.
○ Ich.
○ Mein Sohn.
○ Enkel.
○ Urenkel.

In der Seitenlinie hingegen bin ich mit einem verwandt, wenn ich nicht von ihm, und er nicht von mir abstammt, wir aber einen gemeinschaftlichen Stammvater oder eine Stammmutter haben. Seitenverwandten oder collaterales also sind Brüder AB, Oheim und Neffe CD, Geschwister=Kinder EF ꝛc.



Die Seitenlinie ist in Ansehung der Personen, von deren Verwandtschaft die Rede ist, entweder gleich oder ungleich. Gleich, wenn die eine dieser Personen so weit vom gemeinschaftlichen Stamme absteht, als die andere; ungleich, wenn die eine näher bey dem gemeinschaftlichen Stamme steht, als die andere. Z. E.



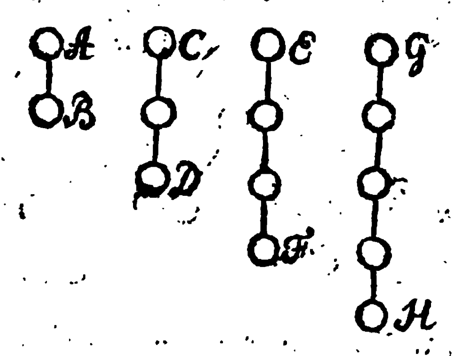
A und B sind in gleicher, A und C in ungleicher Linie verwandt.

(1) Grade sind eigentlich Einheiten, welche die Nähe oder Entfernung einer Verwandtschaft andeuten. Da nun alle Verwandtschaft darin besteht, daß eine Person entweder von der andern, oder beyde gemeinschaftlich von einem und demselben Subjecte abstammen; so machen die Generationen, durch welche die Verwandtschaft bewirkt wird, auch natürlich die Grade der letztern aus. W.

§. 117. Zählung der Grade in gerader Linie.

Der Grad ist die Entfernung der Verwandten (§. 116.). Es fragt sich also: wie bestimmt man diese Entfernung, wie zählt man die Grade? Man unterscheide hier die Römische und Canonische Zählungsart (computationem civilem et canonicam). In der geraden Linie stimmen beyde Rechte überein; denn beyde haben die Regel: so viel der Generationen sind, so viel sind der Grade. Da nun die Generationen durch Striche, die von

oben nach unten gehen, angedeutet werden: so darf man nur diese Striche zählen, und man weiß die Grade (*1); z. E.

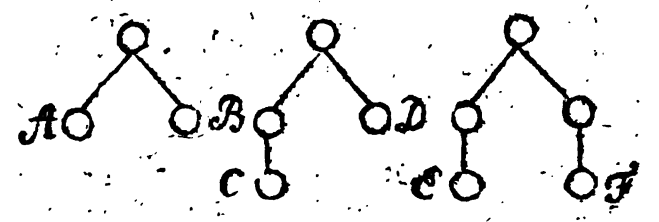


A und B sind im ersten, C und D im zweyten, E und F im dritten, G und H im vierten Grade verwandt.

(1) Das Canonische Recht sagt zwar c. 2. C. 35. Q. 5. man zähle die Personen ohne den gemeinschaftlichen Stammvater (quot sunt personae, demto stipite, tot sunt gradus); dieß kommt aber mit unsrer Regel auf Eins hinaus. — Man vergleiche überhaupt J. F. C. Weisser Anleitung zur Berechnung der Verwandtschaftsgrade nach Grundsätzen des Römischen und Päbstlichen Rechts. Stuttgard 1781. W.

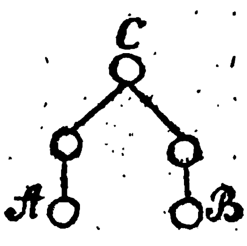
§. 158. In der Seitenlinie.

In der Seitenlinie aber geht das Römische und Canonische Recht von einander ab. Das Römische bleibt bey der Regel: so viel Generationen, auf welche die vorkommende Verwandtschaft sich gründet, so viel Grade. Also man zähle auch hier die Generationslinien.

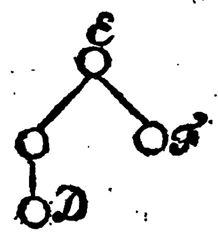


A und B sind im zweyten, C und D im dritten, E und F im vierten Grade verwandt. Das Canonische Recht hingegen giebt die Regel: man zähle nur Eine Seite, und zwar in der ungleichen Seitenlinie die längste Seite. In dem Grade, worin eine der Personen, von der die Rede ist, mit dem gemeinschaftlichen Stamme verwandt ist, in demselben Grade ist sie auch mit

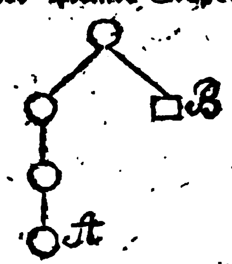
der andern Person verwandt. Z. E. man will wissen, in welchem Grade Geschwister-Kinder A und B verwandt sind.



Man zähle, wie A mit C, oder auch, wie B mit C verwandt ist. Thut man dieß, so findet man, daß jeder im zweyten Grade mit C verwandt sey. In diesem Grade sind daher auch A und B nach Canonischem Recht unter einander verwandt. Oder



man will wissen, wie D mit seinem Oheim, mit F verwandt ist. Man zähle die längste Seite, das heißt, wie D und E verwandt sind. Sie stehen im zweyten Grade. Also sind auch D und F nach dem Canonischen Recht Verwandten des zweyten Grades. Meines Großvaters Schwester ist mit mir,



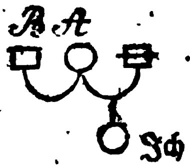
oder B ist mit A nach dem Canonischen Recht im dritten, nach dem Römischen im vierten Grade verwandt. Daß die Römische Art zu zählen der Vernunft viel gemässer sey, als die Canonische, ist offenbar. Ein jeder fühlt, daß Oheim und Neffe näher verwandt sind, als Geschwister-Kinder unter sich; gleichwohl sind nach der Canonischen Computation jene und diese im zweyten

Grade verwandt. Die Grade sollen sich auf die Generationen gründen; warum will man aber zwey Generationen für einen Grad zählen, und warum zählt man die Generationen zwischen der einen quästionirten Person und zwischen dem Stammvater, da doch nicht die Rede von der Verwandtschaft zwischen diesen Personen ist (*1)?

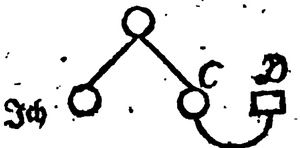
(1) *Polack* mathes. forens. p. 82. (edit. 4.) behauptet zwar, die Canonische Zählungsart sey der Sache viel gemässer als die Römische. Seine Gründe sind aber äusserst seicht. Man s. auch *Hammen* tr. cit. pag 5. sq. — — Man zählt auch wohl, um die Sache etwas genauer zu bestimmen, in Fällen der ungleichen Linie beyde Seiten; und sagt daher z. B. A und B sind im 3ten und 1sten Grade ungleicher Linie verwandt, welches aber doch auch etwas wunderlich klingt. Indeß hat man doch auch in protestantischen Kirchenordnungen die Canonische Zählungsart bey den Eheverboten beybehalten. In der Lehre von der Erbfolge, wo es auf eine genauere Bestimmung der Verwandtschaftsgrade ankommt, würde diese Zählungsart durchaus untauglich seyn, daher man dort gar keine Rücksicht darauf nimmt, sondern bloß der Römischen folgt. W.

§. 119. Grade und Linien der Schwägerschaft.

Die Schwägerschaft hat eigentlich keine Grade; denn die Grade entstehen aus der Generation, und bey Verschwägerten ist keine Verbindung durch Generation, sondern durch Beyschlaf. Indessen hat man doch die Lehre von den Graden auch auf die Schwäger angewendet, und die Regel festgesetzt: in dem Grade, worin jemand mit mir verwandt ist, in demselben Grade ist auch die Person, welche mit ihm concumbiret, mir verschwägert (*1); z. E.



Ich bin mit A, meinem Vater, im ersten Grade verwandt, daher bin ich auch mit B, meiner Stiefmutter, im ersten Grade verschwägert. Oder



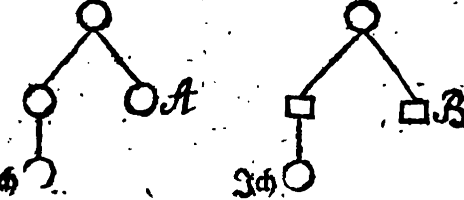
Ich bin mit C meinem Bruder, im zweyten Grade nach dem Römischen Recht, im ersten nach Canonischem verwandt. Also bin ich mit D im zweyten Grade nach Römischer Zählart verschwägert, nach der Canonischen aber im ersten.

Eben so wendet man auch den Begriff der Linie auf die Schwägerschaft an. Wenn ich mit einem in gerader Linie verwandt bin, so bin ich mit seiner Ehefrau in gerader Linie verschwägert. Heyrathet mein Seitenverwandter, so werde ich von seiner Frau ein Schwager in der Seitenlinie. Z. E. B ist mit mir in der geraden, D in der Seitenlinie verschwägert.

(1) Paullus L. 10. pr. de grad. et adfin. sagt: ICtus cognatorum gradus *et adfinium* nosse debet, hingegen Modestinus L. 4. §. 5. eod. gradus adfinitati nulli sunt. Ueber die Vereinigung dieser Stelle ist viel geschrieben. Man s. *Otto* diss. de vetitis adfinium nuptiis cap. 1. §. 3. in *Oelrichs* thesaur. nov. diss. Belgicar. Vol. 3. Part. 2. p. 242. sqq.

§. 120. Personen, die an Eltern Statt sind.

Von gewissen Personen sagt man, daß sie einem an Eltern Statt (parentis loco) seyen, daß man ihnen Verehrung, wie den Eltern, schuldig sey, daß bey ihnen *respectus parentelae* eintrete. Ein Blutsfreund nemlich ist mir an Eltern Statt, wenn er eines meiner Ascendenten Bruder oder Schwester ist, oder wie es unser Autor undeutlicher ausdrückt, wenn er sich unmittelbar unter dem gemeinschaftlichen Stamme befindet, und ich davon entfernter bin. Z. B.



A ist mir an Eltern Statt, denn er ist meines Vaters Bruder; B ist mir an Eltern Statt, denn sie ist meiner Mutter Schwester. Mein Großoheim (thius) und meine Großtante (thia) sind mir ebenfalls an Eltern Statt; denn sie sind meines Großvaters Bruder und Schwester. Verheyrathet sich jemand, welcher mir an Eltern Statt ist, so wird sein Ehegatte von mir ein adfinis, der mir auch an Eltern Statt ist.

§. 121. Regeln von den verbotenen Graden nach Römischem Rechte.

Weiß man die bisher vorgetragenen Begriffe und Regeln, so ist es leicht, die Lehre von den verbotenen Graden zu verstehen. Das Römische Recht sagt: a) in der geraden Linie, oder zwischen Ascendenten und Descendenten ist die Ehe bis ins Unendliche (das heißt, der Grad mag so entfernt seyn, als er will) verboten. Also Vater und Tochter, Mutter und Sohn, Großvater und Enkelin, Großmutter und Enkel ꝛc. dürfen einander nicht heyrathen; und wenn Adam wieder auferstünde, so dürfte er nach dieser Regel keine Erbentochter freyen, weil sie alle in gerader Linie von ihm abstammen (*1).

2) In der Seitenlinie ist der zweyte Grad verboten, das heißt, Geschwister dürfen einander nicht heyrathen. 3) Die folgenden Grade sind erlaubt, wenn nur eine Person der andern nicht an Eltern Statt ist. Denn wenn dieß ist, so verhindert respectus parentelae die Ehe. Also Geschwisterkinder können sich heyrathen (*2); hingegen aber Oheim und Nichte, Tante und Neffe nicht (*3).

(1) Diese wichtige Anmerkung macht die Glosse ad §. 1. h. t. et L. 53. de rit. nupt.

(2) Nicht leicht hat die Römische Legislation in einem Artikel mehr variirt als in diesem. In den ältesten Zeiten Roms war die Ehe der Geschwister Kinder verboten, nachher wurde sie verstattet. Theodosius M. verbot sie wieder. Arcadius im Orient hob das Verbot auf, Honorius im Occident erlaubte nur die Dispensation. Im neunten Jahrhundert erschien unter den orientalischen Kaysern ein neues Verbot. *Otto* diss. de nuptiis consobrinor. in collect. diss. num. 2

(3) Man sehe bey diesem Paragraph §. 1. 2. 4. und 5. I. h. t.

§. 122. Verbote des Mosaischen Rechts.

Im Mosaischen Gesetze, und zwar 3. B. Mos. 18. und 20. Capitel ist 1) die Ehe verboten zwischen Eltern und Kindern, 2) zwischen Großvater und Enkelin, 3) zwischen Geschwistern, 4) zwischen mir und meines Vaters Schwester, desgleichen 5) zwischen mir und meiner Mutter Schwester.

Ich bemerke hierbey: 1) Moses setzt auf die Ehe zwischen Eltern und Kindern oder Enkeln die Todesstrafe; die Blutschande unter Geschwistern, es mögen nun vollbürtige oder Halbgeschwister seyn, soll durch Ausrottung aus dem Volke geahndet werden; bey der Ehe mit des Vaters Schwester und der Mutter Schwester heißt es nur: die Uebertretter sollen ihre Missethat tragen. 2) Es wird darüber gestritten, ob die Eheverbote nur die Personen, oder die Grade betreffen; das heißt, ob blos den Personen das Heyrathen untersagt ist, die Moses ausdrücklich genannt hat, oder ob auch solchen Personen die Ehe verboten ist, welche bey ihm nicht ausdrücklich genannt, indessen in demselben Grade mit einander verwandt sind, wie die benannten? Nemlich die Ehe mit der Tante verbietet Moses ausdrücklich; ist also die Ehe mit dem Oheim auch untersagt? Ferner da Moses sagt, der Großvater soll die Enkelin nicht heyrathen; so fragt sichs: ob der Enkel die Großmutter nehmen könne? Die richtigere Meynung ist: daß Moses nur die Personen, nicht die Grade gemeynt habe. Michaelis (*1) hat dieß mit solchen Gründen unterstützt, daß ihm jeder Unbefangene Beyfall geben muß. Doch ist es wohl keinem Zweifel unterworfen, daß Moses die Ehe der Großmutter mit dem Enkel, so wie alle Heyrathen in gerader Linie stillschweigend verbieten wollte, und nur deßwegen nicht mehr Fälle nannte, weil er glaubte, sie würden nicht vorkommen. Wie wird es z. E. einem Enkel einfallen, seine Großmutter, einem Urgroßvater seine Urenkelin zu heyrathen (*2)?

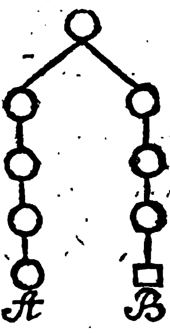
(1) Micha-

(1) Michaelis Abh. von den Ehegesetzen Mosis, §. 71. und dessen Mos. Recht, 2. Theil §. 117.

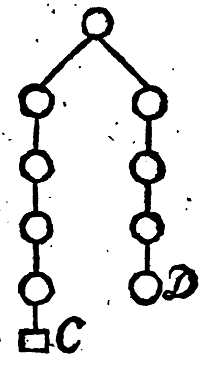
(2) Am a. O. der Ehegesetze §. 31. und des Mos. Rechts, §. 112.

§. 123. Verbote des Canonischen und protestantischen Kirchenrechts.

Das Canonische Recht verbietet die Ehe 1) in der geraden Linie alle Grade hindurch. 2) In der Seitenlinie bis auf den vierten Grad, diesen mit einbegriffen, nach Canonischer Zählungsart. Also



A und B dürfen einander nicht heyrathen, weil sie im vierten Grade verwandt sind. Die entfernteren Grade sind erlaubt. Also



C und D dürfen einander heyrathen: denn sie sind im fünften Grade verwandt.

In protestantischen Ländern sieht man 1) auf die Mosaischen Eheverbote. Diese sind zwar, wie in unsern Tagen wohl allgemein anerkannt ist, bloße jüdische Policeygesetze, und haben für uns keine verbindende Kraft. Indessen sind sie bey den Protestanten als gültige Gesetze angenommen (*). Oft und sehr hat man darüber disputirt: 1) ob ein protestantischer Landesherr in einem von Moses verbotenen Falle dispensiren könne: 2) ob eine im Mosaischen Gesetz untersagte Ehe für nichtig zu erklären und die Fortsetzung zu ver-

bieten sey. Ich glaube, daß unsre heutigen Theologen und Rechtsgelehrten darüber so ziemlich einig seyn werden: daß die Ehen zwischen Eltern und Kindern oder Enkeln, desgleichen unter Geschwistern weder dispensabel, noch wenn sie auch schon geschlossen wären, gültig und zu dulden sind (§. 114.* 1.); hingegen die Ehe mit des Vaters Schwester und der Mutter Schwester ohne Sünde und ohne Gefahr erlaubt werden könne.

Findet sich im Mosaischen Gesetz kein Verbot, so sieht man 2) auf die Kirchenordnungen. Man hat nemlich in vielen Ländern Kirchenordnungen, worin die Ehe in weitern Graden als im Mosaischen Rechte verboten ist (*1). Indessen wird von diesen Verboten, gegen Bezahlung der Gebühr, dispensirt. Die Ehe ist auch nicht ungültig, wenn sie ohne vorher erlangte Dispensation eingegangen worden ist, und die Fortsetzung wird nicht verboten. 3) Auf das Römische und Canonische Recht wird keine Rücksicht genommen, d. i. wenn eine Ehe weder im Mosaischen Recht noch in der Kirchenordnung verboten ist, so haben Personen, welche sie eingehen wollen, keine Dispensation nöthig, gesetzt auch, daß das Römische oder Canonische Recht die Ehe untersagten (*2).

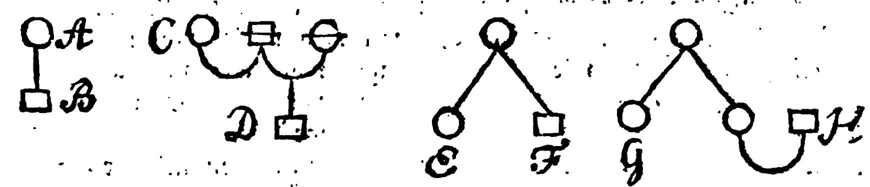
(*) Wenigstens in sofern, daß nicht leicht in Fällen, die Mose ausdrücklich verboten hat, eine Dispensation ertheilt wird. W.

(1) In der Hessendarmstädtischen Kirchenordnung S. 379. ist der zweyte und dritte Grad, nach Canonischer Zählungsart, verboten.

(2) Andere halten dafür, daß das Römische und Canonische Recht allerdings bey den Protestanten gelte. Noch Andere, daß durch eine beynahe allgemeine Observanz der dritte Grad, und die entfernteren, wobey respectus parentelae eintritt, verboten, die übrigen aber erlaubt seyen. S. G. L. Boehmer princ. iur. can. §. 390. not. b. Schott's Eherecht S. 252. u. f.

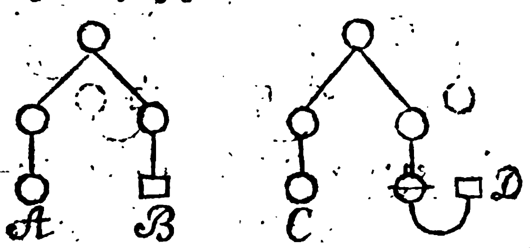
§. 124. Ehen, die wegen der Schwägerschaft verboten sind.

Welche Ehen aber sind der Schwägerschaft wegen verboten? Das Römische und Canonische Recht haben die Regel: wenn in einer Linie, oder in einem gewissen Grade die Ehe den Verwandten verboten ist, so ist sie in derselben Linie, in demselben Grade auch den Schwägern verboten.



Da A und B, Vater und Tochter einander nicht heyrathen können, weil sie in der geraden Linie verwandt sind: so können es auch C und D, Stiefvater

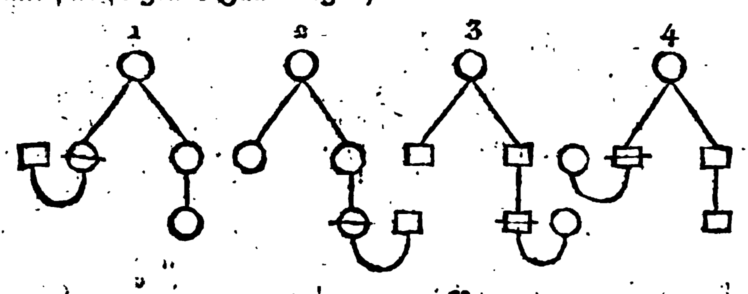
und Stieftochter nicht; denn sie sind in gerader Linie verschwägert. E und F sind im zweyten Grade verwandt, und können daher sich nicht heyrathen. Eben daher ist es auch dem G und der H verboten; denn sie sind in eben diesem Grade Schwäger. Hingegen

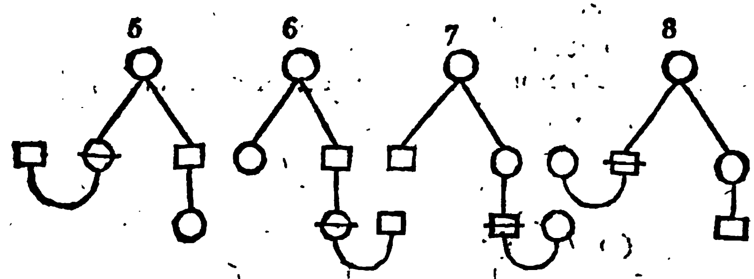


A und B können nach Römischem Recht eine Ehe schliessen, da sie Blutsfreunde im vierten Grade sind. Aus gleichem Grunde ist es daher auch dem C und der D erlaubt.

Moses verbietet 1) und zwar bey Todesstrafe: a) die Ehe mit des Vaters Weib (3. B. XVIII, 8.), b) mit des noch lebenden Weibes Mutter (XVIII, 17. XX, 14.) (*1), c) mit der Schwiegertochter. 2) Ohne angedrohete Todesstrafe a) die Ehe mit der Stieftochter; b) mit der Stiefenkelin (XVIII, 17.); c) mit des Vatersbruders Weib (XVIII, 14. XX, 20.); d) mit des Bruders Weib (XVIII, 16, XX, 21.); die Leviratsehe, wie sie genannt wird; und e) mit des noch lebenden Weibes Schwester, also nur polygamiam simultaneam mit zwey Schwestern.

Gestritten hat man, ob Moses auch die Ehe unter zugebrachten Geschwistern (comprivignis) untersage. Nach der richtigen Erklärung der Stelle XVIII, 11. ist dieß nicht zu behaupten. Noch weniger läßt es sich vertheidigen, daß mir die Ehe mit der Mutter meiner Stiefmutter nicht erlaubt sey (*3). Ferner wird gestritten, ob in der Schwägerschaft nur die Personen oder die Grade verboten seyen. Nemlich im dritten Grade der Seitenlinie sind folgende Fälle möglich:





Von diesen acht Fällen nennt Moses nur einen einzigen, den ersten; er verbietet die Ehe mit des Vaters Bruders Weibe. Ich pflichte auch hier den Auslegern bey, welche behaupten, daß Moses nur diesen Fall habe verbieten wollen, die Ehe also in den sieben andern erlaubt habe.

Vom protestantischen Kirchenrecht ist zu wiederholen, was ich in der Lehre von der Verwandtschaft (§. 123.) gesagt habe. Man nimmt auf das Mosaische Recht und die Kirchenordnungen Rücksicht. Noch streitiger als dort sind aber die Fragen: ob die von Moses der Schwägerschaft wegen verbotenen Ehen dispensabel, und wenn sie schon wirklich vollzogen worden, zu dulden sind. In den meisten Ländern wird man wohl am Ende des achtzehnten Jahrhunderts die Ehe mit des Bruders und mit des Vatersbruders Wittwe für dispensal halten. Was die Ehe mit der Schwiegermutter betrifft, so wird, da sie im Mosaischen Gesetz nicht deutlich verboten ist, und viele Ausleger dafür halten, daß es nur untersagt sey, mit Mutter und Tochter in Polygamie zu leben; da ferner der Fall, daß einer seine Schwiegermutter heyrathen will, höchst selten vorkommt, und daher von der Verstattung dieser Ehe keine üble Folgen zu befürchten sind, die Dispensation nicht schwer halten. Mehr Bedenklichkeit hat die Ehe mit der Stiefmutter, Stieftochter und Schwiegertochter. Diese Ehe wird, wegen den sehr nachtheiligen Folgen, die daraus entstehen können, wenn man sie verstattet, kein Consistorium, das die Sache recht überlegt, einzugehen oder fortzusetzen erlauben.

(1) Viele Ausleger, insonderheit Michaelis, behaupten aber, daß Moses auch verbiete, die Schwiegermutter nach dem Tode der Tochter zu heyrathen.

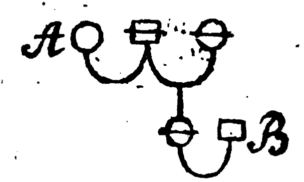
(2) Merkwürdig ist, daß Moses (5. B. XXI. V. 5-18.) nach einer schon vorher bey den Cananitern und Vorfahren der Israeliten eingeführten Gewohnheit, in dem Fall, wenn ein Bruder stirbt, ohne Kinder zu hinterlassen, es dem überlebenden Bruder zur Pflicht macht, die Wittwe zu heyrathen. Dieß Gesetz wird aber selbst bey den Juden nicht mehr beobachtet.

(3) Wie gleichwohl *Gribner* diss. de incestis cum novercae matre nuptiis behauptet.

§. 125. Von verbotenen Ehen aus politischen Gründen.

Zu den aus politischen Gründen untersagten Ehen gehört 1) die

eines Freygebohrnen mit einer Person, die artem ludicram getrieben hatte, das heißt, für Geld als Schauspielerin oder Tänzerin auf dem Theater erschienen war; oder die ein Bordel gehalten hatte; oder selbst eine öffentliche Hure gewesen war; desgleichen mit einer, die ein Hurenwirth freygelassen hatte; die im Ehebruch ergriffen, oder wegen dieses, oder eines andern öffentlichen Verbrechens zur Strafe gezogen worden war. 2) Die Ehe eines Senators, oder Senatorkindes, Enkels, Urenkels mit einer Weibsperson von der eben beschriebenen Art; desgleichen mit einer Freygelassenen, oder mit einer Person, deren Eltern das Theater betreten hatten. Auch den Töchtern, Enkelinnen und Urenkelinnen eines Senators war die Ehe mit Mannspersonen von dieser Art verboten. Beyde Verbote waren in der berühmten L. Papia Poppaea enthalten, und **Heineccius** hat sie in seinem Commentar II. 1. qs. ausführlich erläutert. 3) Wer mit einer Weibsperson einen Ehebruch begangen hat, darf sie nach Römischen Gesetzen nicht heyrathen. Dieß ist theils eine Strafe des Ehebruches; theils ist es deswegen verordnet, damit die Ehebrecher nicht versucht werden sollen, dem andern Ehegatten nach dem Leben zu stehen, und sich dadurch den Weg zu einer Heyrath zu bahnen. Auch einem Entführer ist die Ehe mit der Entführten untersagt. 4) Der Stiefvater kann dieses seines Stiefsohns Wittwe, A die B nicht heyrathen.



5) Es ist nicht erlaubt, daß ich die Weibsperson heyrathe, welche meine abgeschiedene Ehefrau von einem andern Manne gebohren hat. Der Grund ist die Quasi-Adfinität §. 115. Num. 6.). Auch wenn mein Vater, oder mein Sohn als Verlobter stirbt, so darf ich seine Braut nicht zur Ehe nehmen. Die Ursache liegt wieder theils in der Quasi-Adfinität, theils in der Vermuthung, daß der Verstorbene die Braut schon beschlafen habe; weil man weiß, daß dieß bey Verlobten nicht ungewöhnlich ist.

Allein **Justinian** hat das erste und zweyte Verbot aufgehoben. **Justin** erlaubte schon in der L. 23. C. de nupt. (V. 4.) die Ehe eines Senators mit einer Schauspielerin (muliere scenica), weil **Justinian** damals ein Frauenzimmerchen dieser Art, seine **Theodora**, heyrathen wollte; er forderte aber doch, daß darüber jedesmal bey dem Kayser ein besonderes Rescript impetrirt werden sollte. Als **Justinian** zur Regierung gelangte, gab er im Jahr 527., 539. und 541. drey Verordnungen, worin er die beyden Verbote

völlig aufhob (*[1]).) Das dritte Verbot ist im Canonischen Recht abgeschafft. Pabst Innocentius III. verordnete (*[2]), daß der Entführer die Entführte heyrathen dürfe, wenn sie einwilliget; und das Tridentinische Concilium (*[3]) setzt nur die Einschränkung hinzu, wenn die Entführte frey, und ausser der Gewalt des Entführers ihre Einwilligung erkläre. Der Ehebrecher darf (*[4]) die Ehebrecherin heyrathen, wenn nur die Ehebrecher einander nicht die Ehe auf den Todesfall des oder der andern Ehegatten versprochen haben, auch der Ehebrecher seiner Frau, und die Ehebrecherin ihrem Manne nicht nach dem Leben gestanden hat; eine nicht wohl überlegte Verordnung; denn wie kann man es wissen, ob ein solches Eheversprechen geschehen ist, und ob keine Nachstellungen nach dem Leben geschehen sind (*[5])? Das vierte und fünfte Verbot ist zwar nicht aufgehoben; indessen wird es doch nicht schwer seyn, in diesen Fällen Dispensation zu erhalten. Nur muß in dem Falle, wenn jemand seines verstorbenen Vaters oder Sohnes Braut heyrathen will, und einiger Verdacht vorhanden ist, daß der Verstorbene die Braut schon beschlafen habe, diese sich von dem Verdacht durch einen Eyd reinigen (*[6]).

(1) Man sehe L. 33. pr. §. 1. C. de episcop. audient. L. 29. C de nuptiis Nov. 78. cap. 3. Die Geschichte der ganzen Gesetzgebung trägt *Heineccius* ad Leg. Iul. Pap. et Popp. II. 2. 146. sqq. vor, woselbst auch gezeigt wird, daß L. 23. C. h. t. nicht von Justinian, wie die Inscription lautet, sondern von seinem Vorgänger Justinus herrühre. W. — — Von den Mißheyrathen in Deutschland ist hier nicht der Ort zu reden. S. Runde Deutsches Recht, §. 575. u. f. f. Danz Handb. d. deutsch. Privatr. VI. 575. u. das. angef. DD.

(2) Cap. fin. X. de raptor.

(3) Sess. 24. de reform. matrim. cap. 6.

(4) Cap. 1. 3. 6. X. de eo qui duxit in matrimon. quam polluit per adulterium.

(5) Indessen ist das Canonische Recht auch in diesem Stücke angenommen. *Nebelkrae* decis. 13. und warum sollte es nicht seyn? sagt ein Theolog, da der König David die Bathseba geheyrathet hat.

(6) *Knorr* obs. 83. ad Instit.

§. 126. Fortsetzung.

Verboten ist 6) die Ehe eines Juden mit einer Christin, und eines Christen mit einer Jüdin. Der Grund ist die Besorgniß, der christliche Ehegatte möchte von dem jüdischen zum Abfall vom christlichen Glauben verführt werden. Aus gleicher Ursache ist auch die Ehe mit einem Unglaubigen (infideli), also mit Heiden und Mahomedanern im Canonischen Rechte untersagt (*[1]). Christen von verschiedenen Religionspartheyen, z. E. Catholiken mit Lutheranern oder Reformirten, können in Deutschland ohne Zweifel eine gültige Ehe schließen.

7) Ein Vormund, tutor oder curator, darf sich nicht mit seiner Pflegbefohlenen verheyrathen, ehe er die Vormundsrechnung abgelegt hat. Erst alsdann, wenn a) dieß geschehen, b) die Pflegbefohlene majorenn, und c)

auch noch die Zeit verflossen ist, binnen welcher sie Restitution in integrum suchen kann (§. 1004.), also wenn sie 29 Jahre alt ist, darf die Heyrath geschlossen werden. Denn die Gesetzgeber besorgen, daß ein treuloser Vormund, welcher übel hausgehalten hat, und in der Rechnung nicht bestehen kann, eine solche Heyrath brauchen werde, um sich zu decken; und glauben, daß die Ehefrau sich nicht unterstehen werde, Rechnung zu fordern. Die Strafe des Vormundes, der gegen dieses Gesetz handelt, ist die Ehrlosigkeit. Aus gleichem Grunde darf ein Vormund seinen Sohn nicht mit der Pflegbefohlnen verheyrathen, ehe die Vormundsrechnung abgelegt ist. Die Frau würde eben so wenig getrauen, ihren Schwiegervater zur Rechnungsablage anzuhalten. Da in Deutschland die Vormünder unter einer genauern Aufsicht stehen, als bey den Römern, so wird bey uns einem Vormund erlaubt, die Pflegbefohlene zu heyrathen, wenn er Rechnung abgelegt hat, ohne daß sie das im Römischen Recht bestimmte Alter hat. Nur ist erforderlich, daß die Vormünder, oder die Obrigkeit einwilligen. Gesetzt auch, daß die Heyrath vor abgelegter Rechnung, oder ohne Einwilligung der Mitvormünder, oder der Obrigkeit geschlossen würde: so ist sie deswegen nicht null, es wäre denn, daß Landesgesetze dieses ausdrücklich verordneten. Auch fällt die Strafe der Ehrlosigkeit heutigestags weg (*2).

8) Soll kein Gouverneur einer Provinz, kein Praeses, Proconsul, Propraetor u. d. gl. sich mit einer Weibsperson aus der Provinz verheyrathen. Auch seinen Sohn, Enkel oder andere nahe Verwandte soll er nicht mit einer Provinzialin verheyrathen. Die Gesetzgeber glauben, daß die große Gewalt des Gouverneurs keine freye Einwilligung auf Seiten der Weibsperson und ihrer Eltern Statt finden lasse (*3). Heutigestages fällt dieses Verbot ganz weg.

9) Nach dem Canonischen Recht dürfen die Geistlichen (Clerici) und andere Personen, welche das Gelübde der Keuschheit abgelegt haben, nicht heyrathen. Dergleichen sind a) die Mönche und Nonnen; denn sie müssen drey vota oder Gelübde, nemlich der Keuschheit, der Armuth und des Gehorsams ablegen; b) die Ritter des Deutschen Ordens und die Maltheser-Ritter; denn auch diese leisten das Gelübde der Keuschheit. Bey den Protestanten ist die Ehe den Geistlichen erlaubt, so wie sie auch in der ersten christlichen Kirche erlaubt war. Mönche und Nonnen haben wir nicht; allein die protestantischen Ritter des Deutschen Ordens dürfen sich nicht verehelichen (*4).

(1) Can. 15. Caus. 28. Quaest 1.

(2) *Westenberg* in D. Marco, Diss. 45. *Mascov* opusc. pag. 59 sqq. *Stryk* us. mod. tit. de rit nupt. §. 10. *Pufendorf* Tom. 2. obs. 94. *G. L. Boehmer* diss. de querel. inoff. donat. §. 8. in Elect. lur. civ. Vol. 1. p. 286 sqq.

(3) L. 57. L. 63. D. *de ritu nupt.* Ratio potentatus nuptias prohibet, sagt Papinian in cit. L. 63. Vielleicht fürchteten auch die Kaiser, der Gouver-

neur möchte durch eine solche Heyrath mit einer ansehnlichen Familie in eine dem Kayser gefährliche Verbindung kommen. *Zach. Huber* dissert. lib. 3. dissert. 4.

(4) Außer denen in der Brandenburgischen Balley. Schott's Eherecht, S. 194.

§. 127. Wirkungen der Ehe in Ansehung beyder Ehegatten überhaupt.

Wenn eine Ehe den Gesetzen zuwider ist, so ist sie nach dem Römischen Recht ganz ungültig. Nec vir, nec uxor, nec nuptiae, nec matrimonium, nec dos intelligitur, sagt Justinian §. 12. I. h. t. der Mann hat die Rechte eines Ehemannes, die Frau die Rechte einer Ehefrau nicht (*[1]); die Verbindung gilt nicht einmal als ein matrimonium (§. 112.); das Eingebrachte der Frau hat die Rechte des dotis (§. 130.) nicht; die Kinder sind als uneheliche anzusehen. Auch sind noch verschiedene Strafen auf die unerlaubten Ehen gesetzt (*[2]). Allein das Canonische und Protestantische Kirchenrecht hat in diesem Punct vieles geändert.

Diese Rechte machen nemlich einen Unterschied zwischen **zernichtenden**, und blos **aufschiebenden Ehehindernissen** (impedimentis matrimonii *dirimentibus* und *impedientibus*). Zernichtende (dirimentia) sind Gründe, um welcher willen die Ehe nicht allein unerlaubt, sondern auch ungültig; aufschiebende (impedientia), um deren willen sie unerlaubt, wenn sie aber geschlossen wird, doch nicht ungültig ist. In gar manchen Fällen ist die Ehe zwar verboten, indessen wird sie, wenn sie einmal vollzogen ist, nicht für nichtig erklärt. Man läßt die Ehegatten zusammen leben, und die Ehe fortsetzen. Multa sunt, heißt die gemeine Regel, quae matrimonium impediunt, sed contractum non dirimunt. Die impedimenta dirimentia sind entweder *privata* oder *publica*. Wenn ein Ehegatte oder ein Dritter seines Vortheils wegen auf die Ungültigkeit der Ehe klagen kann, so ist ein impedimentum dirimens *privatum*; wenn hingegen die Ehe des öffentlichen Bestens wegen ungültig ist, so ist ein dirimens *publicum* vorhanden.

Zernichtende Privathindernisse sind, wenn die Ehe erzwungen, durch Betrug oder Irrthum veranlaßt worden ist (§. 110.); wenn ein Ehegatte zum Beyschlaf schlechterdings unfähig ist; wenn die Einwilligung des Vaters fehlt, in sofern dieser nemlich die Ehe als nichtig anzufechten befugt ist (§. 112.). Oeffentliche zernichtende Hindernisse sind vorhanden bey dem Ehebrecher und der Ehebrecherin (§. 125.), dem Entführer und der Entführten (ebendas.), bey der Ehe mit Unglaubigen (§. 126.), bey der Ehe derer, die das Gelübde der Keuschheit abgelegt haben (ebendas.), und im Fall der Bigamie (§. 111.). In wie weit Verwandtschaft und Schwägerschaft ein zernichtendes Hinderniß der Ehe sey, habe ich oben (§. 123. 124.) angeführt. Alle übrigen Hindernisse ausser den genannten sind nur impedimenta impedientia (*[3]).

Ist

Ist hingegen die Ehe den Gesetzen gemäß, so hat sie rechtliche Wirkungen. Diese betreffen entweder die Ehegatten, oder die Kinder. Jene gehen entweder beyde Ehegatten, oder nur den Mann, oder nur die Frau an. Wirkungen, welche beyde Ehegatten angehen, sind das Recht der Ehegatten, den Beyschlaf von einander zu verlangen (ius in corpus); die Verbindlichkeit zur ehelichen Treue, oder die Verbindlichkeit, den Beyschlaf mit allen andern Personen zu meiden; die Verbindlichkeit zu einer gemeinschaftlichen Wohnung und Haushaltung; und endlich ein wechselsweises Erbrecht, das unten §. 704. ꝛc. erklärt werden wird. In verschiedenen Provinzen Deutschlands (*4) hat in der Ehe eine allgemeine Gütergemeinschaft Statt (§. 907.). Wo aber dieselbe auch nicht durch die Gesetze eingeführt ist, da wird sie zuweilen durch die Ehepacten festgesetzt.

(1) Der Mann heißt alsdann nicht einmal im rechtlichen Verstande vir, die Frau nicht uxor. *G. L. Boehmer* diss. de necess. pat. cons. in nupt. lib. cap. 1. §. 2. 3. Daher nennt Ulpian in der L. 6. de his qui sui vel al. iur. die Kinder legitimos, *qui ex viro et uxore eius nascuntur.*

(2) *Vinn.* ad §. 12. h. t. n. 4.

(3) Einige impedimenta impedientia, die in dem Vorhergehenden nicht vorkommen, s. bey *Boehmer* in princip. iur. can l. c. §. 383. — Vergl. überhaupt *Ioh. Aug. Apel* diss. 1 et 2. De causis matrimonii annullandi. Lips. 1798. 1799. W.

(4) *Selchov* ius germ. §. 469. Runde deutsches Privatrecht §. 602. u. f.

§. 128. Rechte des Ehemannes und der Ehefrau insonderheit; Wirkungen der Ehe in Ansehung der Kinder.

Die Rechte des Ehemannes sind 1) eine Oberherrschaft über die Frau, oder das Recht, ihre Handlungen zu lenken, in soweit es das Beste der ehelichen Gesellschaft erfordert. Daraus fließt die Schuldigkeit der Frau, dem Manne Ehrerbiethung und Gehorsam zu leisten; dem Manne zu folgen, wenn er seine Wohnung ändert; und das Recht des Mannes, durch die Arbeiten und Bemühungen der Frau zu erwerben. Wenn die Frau im Hauswesen Dienste leistet, kochet, waschet, nähet ꝛc. kurz, wenn sie operas *domesticas, oeconomicas* leistet, wie sie die Juristen nennen: so gehört der Nutzen ohne Zweifel dem Manne. Eben dieses ist Rechtens, wenn der Mann ein Handwerk, eine Kunst, ein Gewerbe treibt, und die Frau ihm dabey Hülfe, oder, wie die Juristen sagen, operas *communes s. medias* leistet. Wenn aber die Frau selbst ein Gewerbe, Handthierung, Kunst, z. E. Hebammenkunst treibt, und dadurch etwas erwirbt (si operis *artificialibus* adquirit): so gehört es nach der richtigern Meynung und der Regel nach ihr, und nicht dem Manne (*1). In vielen Deutschen Provinzen ist alles, was in der Ehe erworben wird, gemeinschaftlich. 2) Die väterliche Gewalt über die Kinder, welche im vorigen Titel beschrieben worden ist.

Die Rechte der Ehefrau sind: 1) daß sie an dem Gerichtsstande und der Würde des Mannes Theil nimmt. Nemlich sie steht unter derselben Gerichtsbarkeit, welcher der Mann unterworfen ist. Wenn z. E. eine Weibsperson von bürgerlichem Stande einen Mann heyrathet, welcher der academischen Gerichtsbarkeit unterworfen ist: so kommt sie auch unter diese Jurisdiction. Auch die Würde, der bürgerliche Character und Rang des Mannes wird der Ehefrau mitgetheilt. 2) Sie hat ein Recht auf die Alimente, Essen Trinken, Kleidung und Arzneymittel, und auf die Vertheidigung. Der Mann nemlich ist seiner Frauen Person, Ehre und Vermögen, in und ausser den Gerichten zu vertheidigen befugt und schuldig. Bekommt sie also einen Inquisitionsproceß, so muß er die Defensionskosten hergeben (*2). Wird sie injuriirt, so ist er, auf ihr Verlangen, schuldig, eine Injurienklage anzustellen. Wird ihr Vermögen in Anspruch genommen, so muß er den Prozeß für sie führen (*3). 3) Was die Frau dem Manne von ihrem Vermögen zubringt, hat ganz besondere Vorrechte (privilegia dotis et illatorum) (§. 130. §. 715. §. 718.).

In Ansehung der Kinder folgt aus der Ehe 1) das Recht der ehelichen Geburt: eheliche Kinder haben Rechte, welche den unehelichen nicht zustehen. Uneheliche Kinder haben nicht die Erbrechte der ehelichen Kinder; werden auch heutzutage nicht in Zünfte oder Gilden aufgenommen (§. 62.). 2) Die Wirkung der Legitimation. Wenn nemlich jemand Kinder ausser der Ehe gezeugt hat, und deren Mutter heyrathet; so werden die unehelichen Kinder legitimirt, das ist, ehelich gebohrnen gleich geachtet (§. 139.). Eine dritte höchst wichtige Wirkung der Ehe ist eine dringende Vermuthung für die in der Ehe gebohrnen Kinder. Nemlich wenn die Mutter eines Kindes mit einem Manne in der Ehe lebt, so ist anzunehmen, daß ein Kind, welches sie zur Welt bringt, desselben Mannes Kind sey, solange bis das Gegentheil auf das unwidersprechlichste bewiesen wird. Man drückt dieß gewöhnlich so aus: pater est, quem nuptiae demonstrant; oder: qui natus est in matrimonio, natus censetur ex matrimonio. Nur muß das Kind, wenn diese Präsumtion Statt finden soll, zur rechten Zeit gebohren werden (*4).

Anmerkung. Nach dem alten Römischen Recht wurde die Ehe entweder dergestalt eingegangen, daß die Frau in manum mariti, das heißt, in die Gewalt des Mannes kam, oder nicht. Im ersten Falle hieß sie *mater familias*; bekam des Mannes Namen, und der Mann hatte beynahe dieselben Rechte über sie, welche ein Vater über seine Kinder hatte; alles, was die Frau im Vermögen hatte, gehörte dem Manne eigenthümlich, und er acquirirte alles, was sie erwarb. Sie wurde mit dem Manne als Eine Person angesehen, konnte kein Testament machen, hatte das ius sui heredis (§. 538.

u. s. f.); mußte zum Erben eingesetzt oder exheredirt werden u. s. w. Im letzten Falle aber hieß die Frau *matrona*; bekam des Mannes Namen nicht: der Mann erhielt nichts, als die Brautgabe; das übrige Vermögen blieb der Frau eigen, und hieß bona paraphernalia; die Frau erbte den Mann nicht, und der Mann nicht die Frau, bis endlich der Prätor den Ehegatten einiges Erbrecht gab, u. s. w. In den ersten fünf Jahrhunderten des Römischen Staats findet man keine Nachricht von Ehen, wo die Frau nicht in manu mariti war. Cicero ist der erste Autor, der dieser Ehen gedenkt (*5), und sie wurden immer beliebter, so daß die andere Art zu heyrathen bald gänzlich abkam. Zu den Zeiten des Tiberius scheint schon die conventio in manum ungewöhnlich geworden zu seyn (*6). Gellius (*7) redet im zweyten Jahrhundert davon, als von einer alten abgekommenen Gewohnheit. In den Pandecten kommt nichts mehr davon vor (*8).

(1) *Stryk* us. mod. tit. de rit. nupt. §. 78. seqq. Strube rechtl. Bed. 4. Theil. 25. Bedenken.

(2) L. 2. D. *de iniur.* C. 11. dist. 3. *Wernher* Tom. 1. part. 4. obs. 179. p. 927.

(3) Allein er muß dieß auf eigne Kosten thun? Dieß ist in den Gesetzen nicht entschieden, und daher sehr streitig. S. *Boehmer* introd. in ius Dig. tit. de impens in rem dot. §. 2. *Ludovici* doctrin. Pand. ibid. §. 4. *Leyser* sp. 84. med. 3. spec. 321. med. 5. ibique *Müller*. *Wernher* ad *Boehmer* l. c.

(4) Was ist aber die rechte Zeit? Nach der Bemerkung der neuesten und besten Physiologen ist der 280ste Tag nach der Conception der gewöhnliche Zeitpunct, an dem ein Kind gebohren wird. *Ludwig* instit. medicin. forens. §. 105. Weil indessen doch zuweilen ein Kind früher, zuweilen später kommt, so verordnen die Römischen Gesetze, daß der 182ste Tag, oder der Anfang des siebenten Monates, als der Termin a quo, und das Ende des zehnten Monates, als der Termin ad quem, angenommen werden solle; das heißt: wenn ein Kind gebohren wird, da schon 181 Tage, aber noch nicht über zehen Monate nach einem gewissen Beyschlafe verstrichen sind, so wird angenommen, daß es aus diesem Beyschlaf erzeugt sey. Wenn also ein Kind am 182sten Tag nach vollzogener Ehe zur Welt kommt, so wird es für ein eheliches Kind gehalten, insofern das Gegentheil nicht erwiesen wird; und wenn die Wittwe vor Ablauf des zehnten Monats nach des Mannes Tod ein Kind gebiert, so passiret dieses auch noch für des verstorbenen Ehemannes Kind: es wäre dann, daß Jemand das Gegentheil darthun wollte und könnte. L. 3. §. 11 et 12. D. de suis et legit. sagt: post decem menses natus non admittetur ad legitimam hereditatem. De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et Divus Pius pontificibus rescripsit, iusto tempore videri natum. S. *Franc. Hotomann* obs. lib. 9 cap. 9 *Püttmann* prolus. de partu undecimestri in opusc. p. 361. sqq. *Müller* ad *Leyser* tom. 1. obs. 79. — — Add. *Püttmanni*, *Plattneri* et *Mylii* opusc. de partu undecimestri cum praefat. *F. L. Schoenemann*, Lips. 1799. In L. 12. D. de statu homin. heißt es überhaupt: eum qui ex iustis nuptiis *septimo mense* natus est, iustum filium esse. Hiernach würde also – den Monat zu 30 Tagen gerech-

net — L. 101. D. de R. I. — schon genügen, wenn das Kind am 181sten Tage gebohren wird, da L. 3. cit. nicht ausschließend gerade den 182sten Tag, als Termin a quo, bestimmt. Die Nov. 39. cap. 2. sagt zwar bey einer andern Veranlassung, daß ein Kind, welches undecimo mense perfecto, oder, wie Hombergk übersetzt: sub finem undecimi mensis — nach getrennter Ehe gebohren worden, dem vorigen Ehemanne nicht zuzuschreiben sey. Hieraus läßt sich aber gegen die deutliche Bestimmung des vorhin angeführten Gesetzes nicht folgern, daß der 11te Monat noch mit zum Termin ad quem zu rechnen sey. Ueberhaupt wollen die Gesetze hier nur eine rechtliche Vermuthung bestimmen; sie lassen in einzelnen Fällen den Beweis des Gegentheils zu. Nur muß aus dem, was diese besondern Fälle einmal mit sich gebracht haben, keine allgemeine Regel gegen das Gesetz gemacht werden. W.

(5) *Cic.* Top. cap. 3.

(6) *Tac.* Annal. lib. 4. cap. 16.

(7) *Gell.* noct. Attic. lib. 18. cap. 6.

(8) Die letzte Meldung davon findet man bey *Ulp.* in fragm. tit. 9. et 11. §. 13. und *Paull.* in collat. LL. Mos. et Rom. tit. 4. §. 2.

§. 129. Trennung der Ehe.

Die Ehe wird auf Lebenslang geschlossen (§. 110.). Sie kann nicht auf gewisse Zeit eingegangen werden. Indessen kann doch zuweilen eine Ehe bey Lebzeiten der Ehegatten wieder getrennt werden. Demnach hört die Ehe auf 1) durch den Tod, sowohl den natürlichen, als den bürgerlichen. Bürgerlicher Tod heißt im Römischen Recht, wenn jemand seine Freyheit oder sein Bürgerrecht verliert (§. 188.). Sobald dieß geschah, mußte nothwendig das connubium, die nuptiae aufhören (§. 112.). Wenn sich heutzutage der Fall zutrüge, daß ein Ehegatte in die Sklaverey fiele, oder des Landes verwiesen würde: so könnte der andere Ehegatte nach bewandten Umständen auf die Ehescheidung klagen. Aber von selbst (ipso iure) würde die Ehe nicht aufgehoben seyn. Die Ehe wird 2) durch die Ehescheidung (divortium) getrennt. Man versteht darunter die völlige Aufhebung einer an sich gültigen Ehe, die bey Lebzeiten beyder Ehegatten aus gesetzlichen Ursachen von der Obrigkeit geschiehet. Also ist sie a) eine Aufhebung der Ehe. Eine Aufhebung des Eheverlöbnisses heißt repudium. Sie ist b) eine völlige Aufhebung der Ehe. Wenn man das Eheband nicht auflöset, sondern nur den Ehegatten, die in Uneinigkeit und Streit sind, erlaubt, voneinander abgesondert zu leben, sie von der Pflicht der ehelichen Beywohnung und der gemeinschaftlichen Haushaltung befreyet, um mit Hülfe der Zeit eine Versöhnung zu bewirken: so heißt man dieses die Scheidung von Tisch und Bette (*separatio quoad thorum et mensam*). c) Man hebt ferner eine gültige Ehe auf. Denn ist die Ehe an sich nichtig (§. 127.): so braucht sie nicht durch eine Ehescheidung getrennt zu werden. Man muß also die beyden so sehr ver-

schiedenen Dinge: eine Ehe wird geschieden, und eine Ehe wird für nichtig erklärt, nicht verwirren. Diese Aufhebung geschieht d) bey Lebzeiten der Ehegatten. Die Trennung der Ehe durch den Tod heißt nicht Ehescheidung. e) Aus gesetzlichen Ursachen. Nach dem alten Römischen Recht konnte sich ein Ehegatte vom andern nach Belieben trennen. In den neuen Gesetzen (*1) wurden gewisse Ursachen festgesetzt. Wenn beyde Ehegatten mit der Scheidung zufrieden waren, so war weiter keine rechtliche Ursache erforderlich (*2). Das Canonische Recht verstattete gar keine Ehescheidung, weil es die Ehe für ein Sacrament hält; sondern erlaubt nur eine Trennung von Tisch und Bette. Die Protestanten endlich scheiden die Ehe, aber nur aus wenigen, sehr wichtigen Ursachen. Welche Ursachen dazu hinreichend seyen, ist sehr controvers. Daß die beyderseitige Einwilligung der Ehegatten keine hinlängliche Ursache sey, hingegen Ehebruch, Lebensnachstellungen und boshafte Verlassung zur Ehescheidung hinreichen, ist ausgemacht. Allein ob nicht jeder andre Umstand, welcher macht, daß der Zweck der Ehe nicht mehr erreicht werden kann, oder so beschaffen ist, daß man einem Ehegatten billiger Weise nicht zumuthen kann, mit dem andern weiter zu leben, z. E. Verweigerung der ehelichen Pflicht, lebenslängliche Gefängniß- oder Zuchthausstrafe, Blödsinn ohne Hoffnung der Wiederherstellung, Begehung einer Sodomie, eine von der Frau vorsetzlich unternommene Abtreibung der Leibesfrucht ꝛc. ebenfalls eine gegründete Ursache zur Ehescheidung abgebe, darüber streiten die Kirchenrechtslehrer. Die meisten neigen sich indessen heutzutage mit Grund zu der bejahenden Meynung (*3). Endlich f) muß die Aufhebung der Ehe nach dem protestantischen Kirchenrecht durch die Obrigkeit geschehen, welches nach dem Römischen Recht nicht nöthig war.

(1) L. 8. §. 2. L. 10. L. 11. §. 2. C. de repud. (IV. 17.) Nov. 22. cap. 5. 6. 7. 8. 14. 16. Nov. 117. cap. 8.

(2) Nov. 140. cap. 2.

(3) *Pufendorf* Tom. I. obs. 160. *G. L. Boehmer* princ. iur. can. §. 408. Schott im Eherecht, S. 125 u. f. f. Versuch eines Auszugs der Röm. Gesetze nach Ordnung der Pandecten. Breslau 1783. im Anhange zum 24sten Buche.

DE DOTE ET PACTIS DOTALIBUS.

§. 130. Was ist die Brautgabe?

Gewöhnlich wird bey Schließung der Ehe ein Brautschatz gegeben, und nach Römischen Sitten auch eine *donatio propter nuptias* errichtet. Von der letzten handelt unser Autor im 8. Titel des zweyten Buches, §. 416. Von dem Brautschatz aber ist hier zu reden.

Brautschatz, Brautgabe, Mitgift, dos, ist alles das, was eine Ehefrau ihrem Ehemanne mitbringt, oder was jemand anders im Namen der Ehefrau dem Ehemanne giebt, um die Lasten der Ehe davon zu bestreiten (*1). Der Brautschatz ist also von den Paraphernalgütern unterschieden. Man versteht unter diesen das Vermögen der Frau, was sie noch ausser dem Brautschatze besitzt. Die ältern lateinischen Schriftsteller nennen diese Güter bona receptitia, die Neuern aber bona paraphernalia (*2). Heutigestages unterscheidet man bona paraphernalia und receptitia, indem man paraphernalia das Vermögen nennt, was die Frau ausser dem Brautschatz hat, aber doch ihrem Manne in den Besitz und Nießbrauch giebt; receptitia hingegen, was sich die Frau zu eigner Disposition und Nutznießung vorbehalten hat (*3). Uebrigens ist die Distinction zwischen den Dotal- und Paraphernalgütern sehr wichtig. Ich will nur den einzigen Nutzen anführen, daß die Dotalgüter in dem Concurs in die zweyte, die Paraphernalgüter aber in die dritte Classe gesetzt werden. Wenn nemlich ein Concurs über das Vermögen eines Schuldners entsteht: so werden seine Gläubiger in gewisse Classen gesetzt. Die erste Classe geht in der Bezahlung der zweyten vor, die zweyte der dritten rc. Es ist also ein großer Vorzug der Dotalgelder, daß sie in die zweyte Classe gesetzt werden, und die Ehefrau erhält dadurch oft ihre Brautgabe wieder, wenn andere Gläubiger leer ausgehen (*4).

(1) Die Rechtsgeschichte der Lehre von dem Brautschatze erzählt *Ge. Fried. Denecke* diss. de dote receptia (Goett. 1792.) §. 2. sqq. — — Dos receptitia nannten die Römischen Rechtsgelehrten den Brautschatz, den ein Dritter hergiebt, jedoch mit der Bedingung, daß er nach getrennter Ehe an ihn, den Dritten, wieder zurückfallen soll. L. 31. §. 2. D. *de mortis causa donat. Ulpian.* fragm. VI. 5. Bona receptitia im heutigen Sinne, wie sie das Römische Recht aber nicht kennt, haben da ihren Nutzen, wo der Mann den Gesetzen nach die Verwaltung und den Genuß aller Güter der Frau hat. Nach dem Römischen Rechte hingegen kommt ihm an dem Vermögen der Frau, außer dem Brautschatze, kein Recht weiter zu, als was sie ihm selbst ausdrücklich oder stillschweigend zugesteht. L. 9. §. 3. D. *de iure dot.* L. 8. und 11. *de pactis convent. sup. dot.* Er ist auch Rechnung davon abzulegen schuldig. L. pen. D. *ad Leg. Falcid.* W.

(2) *Huber* praelect. ad Pand. tit. de iur. dot. §. 15. doch s. man auch *Finestres* de iur. dot. pag. 73. sqq. Ich bezeige bey dieser Gelegenheit der Academie Cervera in Spanien und dem dasigen Professor der schönen Wissenschaften, Hr. Miquel öffentlich meinen Dank für das Geschenk, welches sie mir mit den sämmtlichen Schriften von Finestres gemacht haben.

(3) *Kraut* diss. sub praesid. *Meister.* de bonis uxoris etc. §. 13.

(4) Ob das was eine Ehefrau dem Manne eingebracht hat, im Zweifel für Dotal- oder für Paraphernalgut zu halten sey, ist eine sehr bestrittene Frage. Man s. *Leyser* spec. 302. med. 5. und *Müller* ad *Leyser* obs 532. Ich trete denjenigen bey, welche behaupten, daß alles, was die Frau dem Manne zu-

bringt, und ihn verwalten und benutzen läßt, heutiges Tags als dos anzusehen ist. Im Hessendarmstädtischen ist der Unterschied zwischen Dotal- und Paraphernalgütern, weil er eine Quelle vieler Processe ist, durch die Verordnung vom 2 Merz 1795. ganz abgeschafft; und gut wäre es, wenn dieß allenthalben geschähe. Man s. *Car. Guil Gaertner* diss distinctionem inter dotem et parapherna foris Germaniae non esse accommodandam Lips. 1729.

§. 131. Eintheilung derselben.

Die Brautgabe ist von verschiedener Art. Sie wird 1) in dotem *adventitiam* und *profectitiam* eingeth ilt. Wenn der Vater (*1) als Vater (*2) aus seinem Vermögen, oder ein Anderer, aber blos um des Vaters willen, um diesem einen Gefallen zu thun, der Tochter einen Brautschatz giebt: so heißt es dos profectitia. In allen andern Fällen, wenn z. B. die Ehefrau selbst aus ihrem Vermögen, oder ein Anderer, der nicht Vater ist, und zwar nicht in Rücksicht auf den Vater die Brautgabe giebt: so heißt sie dos adventitia. Ferner 2) ist dos entweder *necessaria* oder *voluntaria*. Der Vater nemlich ist schuldig, seine Tochter, die in seiner Gewalt ist, nicht die emancipirte (*3), zu dotiren; andere Personen aber sind nicht dazu verpflichtet. Wenn also der Vater seiner filiaefamilias einen Brautschatz mitgiebt, so heißt er dos necessaria; giebt hingegen der Vater der Tochter, die nicht in seiner väterlichen Gewalt ist, oder ein Anderer, als der Vater, eine Brautgabe, so heißt sie dos voluntaria. Endlich 3) entweder *aestimata* oder *non aestimata*. Wenn die Sachen, woraus die Brautgabe besteht, in den Ehepacten angeschlagen werden, ihr Werth festgesetzt wird: so heißt es dos aestimata; ausserdem non aestimata. Diese Distinction hat practische Wirkungen, wie im §. 418. gezeigt werden soll. 4) Wenn der, welcher den Brautschatz giebt, sich ausbedingt, daß er nach getrennter Ehe an ihn zurückfallen soll, so heißt es *dos receptitia*. Man verwirre also nicht dotem receptitiam und bona uxoris receptitia (§. 130.).

Eine wichtige hieher gehörige Frage ist: ob die Dinstinction zwischen dos necessaria und voluntaria noch im neuern Römischen Recht, und also auch bey uns Statt finde? ob nemlich auch nach diesem Recht der Vater verbunden ist, die Tochter zu dotiren, oder ob dieses von seinem freyen Willen abhänge, und folglich alle Brautgabe nach den neuen Gesetzen dos voluntaria sey? Viele Rechtsgelehrten (*4) behaupten dieses letzte. Ihr Grund ist, die Töchter hätten deswegen nach alten Römischen Gesetzen ausgestattet werden müssen, weil sie durch das Voconische Gesetz von der Erbfolge ausgeschlossen gewesen seyen; da nun dieses Gesetz in der Folgezeit seine Gültigkeit verlohren habe, und nach neuerm Römischen Recht die Töchter mit den Söhnen erbten: so falle die Zwangspflicht der Ausstattung weg. Allein diese Meynung ist ohne Grund, wie am besten und ausführlichsten **Hombergk** (*5)

bewiesen hat (*6). Das Voconische Gesetz war schon lange nicht mehr in seiner vollen Kraft, als die Römischen Gesetzgeber, Severus und Antoninus, nachher Justinian (*7) noch immer dem Vater die Verbindlichkeit zur Ausstattung auflegten (*8).

(1) Ich nenne bey dieser und der folgenden Distinction nur den Vater, verstehe aber darunter auch den väterlichen Großvater und Urgroßvater, kurz jeden, der die väterliche Gewalt hat.

(2) Nicht als Schuldner der Tochter. L. 5. §. 11. D. de iur. dot.

(3) *Vinn.* quaest. sel. lib. 2, cap. 14. *Huber* praelect. ad Pand. tit. de iur. dot. num. 5. *Hombergk* diss. de obligatione patris ad constituendam dotem non promissam. §. 28.

(4) *Beyer* ad Pand. tit. de iure dot. §. 7. *Thomasius* in not. ad Pand. tit. de iure dot. p. 237. *Ziegler* diss. de iure dotium. §. 8. 9. 10. in diss. select. p. 897. *Lynker* resol. 667. p. 1025. *Wernher* p. 5. obs. 127. p. 1049. *Leyser* sp. 303. med. 11. p. 195. *Hellfeldt* iurispr. forens. §. 1231. Schmid Lehrbuch von Klagen. p. 300.

(5) Diss. cit. §. 20.

(6) Man s. auch *Perez* ad Cod. lib. 5. tit. 11. num. 6. seqq. *Gail.* L. 2. obs. 95. pag. 475. *Coll. Argentor.* lib. 23. tit. 3. §. 5 *Struv.* Ex. 30. thes 7. ibique *P. Müller. Brunnemann* ad leg. 13. D. de iure dot. *Voet.* ad Pand. eod. tit. n. 10. *Lauterbach* coll. theor. pract. ibid. §. 9. *Stryk* in usu mod. ibid. §. 2. *Berger* Oec. iur. lib. 1. tit. 3. §. 10. not. 5. pag. 93. edit. noviss. *Hert.* Dec. 420. n. 3. 4. p. 588. *Engau* P. 2. decis. 12. n. 2. p. 10.

(7) L. 19. D. de rit. nupt. L. 7. C. de dot. promiss. (V. 11.)

(8) *Wieling* lect. iur. civ. lib. 2. cap. 26. p. 224. seqq.

§. 132. Rechte derselben.

Die Brautgabe wird dem Manne zur Bestreitung der Haushaltungskosten gegeben. Der Mann genießt also 1) allen Nutzen davon; zuweilen wird er völliger Eigenthümsherr, zuweilen bekommt er nur ein eingeschränktes Eigenthum. (Man s. den 418. §.) 2) Sobald die Ehe getrennt wird, hört die Ursache der Brautgabe auf, sie muß also zurückgegeben werden. Wenn aber die Frage entsteht: an wen sie zurückfalle? so muß man unterscheiden, wie die siebente Tabelle zeigt.

Was nemlich 1) die dotem adventitiam betrifft, welche die Frau aus eignem Vermögen gegeben hat, so fällt sie nach der Trennung der Ehe an sie oder ihre Erben zurück; an sie selbst, wenn sie am Leben ist; an ihre Erben, wenn die Ehe durch den Tod der Frau getrennt wird (*1).

2) Hat ein Anderer dotem adventitiam gegeben, so fordern ebenfalls die Frau oder ihre Erben die Brautgabe zurück, wo nicht der Geber sich es ausdrücklich ausbedungen hat, daß er den Brautschatz nach Trennung der Ehe wieder bekomme (*2). Denn hat er dieß nicht gethan, so ist die Brautgabe als ein der Frau und ihren Erben gemachtes Geschenk anzusehen.

2) Hat

3) Die dotem profectitiam fordert der Vater nach getrennter Ehe zurück, wenn er sich die Zurückgabe hat versprechen lassen. Im Falle, da er verstorben ist, fordern seine Erben die Brautgabe (*3).

4) Ist die Zurückgabe dem Vater nicht versprochen, so kommt es darauf an, ob die Tochter, ihrer Verheyrathung ungeachtet, in der väterlichen Gewalt geblieben ist, oder nicht. Wenn jenes ist, so fordert zwar der Vater die Brautgabe zurück; allein im Fall die Tochter noch lebt, doch nicht anders, als mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Einwilligung derselben. Denn der Vater und die Tochter sind Eine Person, die dos gehört dem Vater und der Tochter (*4). Hingegen der Vater allein repetiret den Brautschatz, wenn die Ehe durch den Tod der Tochter getrennt wird (*5), sie mag nun Kinder hinterlassen haben oder nicht (*6).

5) Wenn die verheyrathete Tochter zur Zeit als die Ehe getrennt wurde, nicht mehr in des Vaters Gewalt war (welches dann der Fall heutiges Tages immer ist, indem die Töchter durch die Ehe aus der väterlichen Gewalt gehen) (§. 163.) und die Ehe a) bey ihren Lebzeiten dissolvirt wird, so fällt ihr die dos zu, nicht dem Vater, noch weniger dessen Erben (*7).

6) Hebt hingegen b) der Tod der Ehefrau die Ehe auf, und die Frau hinterläßt Kinder oder andere Erben, so entsteht die sehr streitige Frage: ob der Vater die Brautgabe zurückfordern könne, oder ob sie auf die Kinder und andere Erben der Frau falle? Schon Martinus und Bulgarus haben darüber gestritten (*8). Die richtigere Meynung ist doch wohl, daß, wenigstens nach dem neuesten Römischen Recht, die dos den Erben zufalle (*9).

(1) Ist die Frau sui iuris, so stellt sie allein, L. 35. D. solut. matrim. L. 43. §. 1. D. de iur. dot.; ist sie hingegen in väterlicher Gewalt, so stellt der Vater in ihrem Namen die Klage an. *Ulp.* Fragm. tit. 6. §. 6. L. un §. 6 et 13. C. de rei ux. act. (V. 13) L. 22. D. solut. matrim. Nach den alten Gesetzen konnten die Erben der Frau die Brautgabe in diesem Falle nicht zurück verlangen, denn sie blieb dem Manne. *Ulpian.* l. c. §. 5.

(2) Er kann auch einem Dritten erlauben, daß dieser die Zurückgabe der Brautgabe für sich ausbedinge. L. 29. §. 1. L. 33. L. 42. §. ult. D. solut. matrim. L. 43. §. 1. D. de iur. dot. L. 1. L. 9. C. de pact. convent. (V. 14.) L. 20. §. 1. D. de pact. dotal. L. un. §. 13. C. de rei ux. act.

(3) Die Tochter mag nun noch in der väterlichen Gewalt, oder sui iuris seyn. L. un. §. 14. C. de rei ux. act. Nov. 97. cap. 5. In welchen Fällen die Einwilligung der Tochter in den Vertrag des Vaters mit dem Schwiegersohn erforderlich war, zeigt *Voet.* ad Pand. tit. solut. matrim. n. 4.

(4) L. 2. §. 1. 2. L. 3. L. 22. §. 1. L. 34. L. 37. D. solut. matrim. Nov. 97. cap. 6. §. 1. L. 2. L. 7. L. 10. solut. matrim. (V. 18.)

(5) L. 4. C. solut. matrim. Die Ursache giebt Pomponius in der L. 6. D. de iur. dot. an: ne pater et filiae amissae et pecuniae damnum sentiat. Denn wenn die Tochter noch lebte, so hätte der Vater mit ihr die Braut-

gabe zurückfordern können. Könnte er das jetzt nicht, so würde er Tochter und Brautgabe zugleich verlieren.

(6) Wie *Voet.* d. l. n. 7. ausführlich zeigt. Ist der Vater todt, so gehört die Brautgabe den Kindern.

(7) L. un. §. 11. et 14. C. de rei ux. act. L. 2. §. 1. L. 22. §. 5. L. 31. §. 2. L. 34. L. 44. pr L. penult. §. 2. D. solut. matrim. L. 34. §. 5. de legat. II.

(8) *Pancirolus* de claris LL. interpret. lib. 2. cap. 15 p. m. 104. wo er folgende artige Anecdote erzählt: als die Frau des Bulgarus gestorben sey, habe dessen Schwiegervater den Martinus gefragt, ob er den Brautschatz zurückfordern könne? Martinus habe geantwortet: nach meinen Grundsätzen könnt ihr es nicht: denn Bulgarus hat Kinder. Allein da er bisher die gegentheilige Meynung vertheidiget hat, so hat er sich selbst das Urtheil gesprochen. Will er die Brautgabe nicht zurückgeben, so werde ich ihn schändlich an den Pranger stellen. Bulgarus sey aber so klug gewesen, daß er die Brautgabe dem Schwiegervater freywillig zurückgegeben habe. Sed Albericus, fährt Panciroll fort, eius discipulus, etsi cum Praeceptore sentiret, cum sibi idem accidisset, sententiam se mutasse dixit, nec praeclarum Praeceptoris exemplum secutus est.

(9) Denn die Zurückforderung der Brautgabe, wenn sie vom Vater geschieht, gründet sich auf die väterliche Gewalt, wie aus der L. 2. §. 1. L. 22. § 5. L. 34. D solut. matrim. erhellet. In der L. 4. C. solut. matrim. sagt K. Alexander, wenn eine *filia familias* in der Ehe sterbe, so falle dos an den Vater. Die Raison der L. cit. 6. D. de iur. dot. tritt auch hier nicht ein. Dazu kommt, daß die dos profectitia zum Vermögen der emancipirten Tochter gehört. L. un. §. 13. C. de rei ux. act. und auf die Frau fällt, wenn die Ehe bey ihrem Leben getrennt wird. (Num. 5. dieses §.) Warum sollte sie dieses Recht nicht auf ihre Erben transmittiren? *Fachin.* Controv. lib. 3. cap. 71. *Voet.* tit. solut. matrim. n. 6. *Gerh. von dem Busche* exercit. qua dos profectitia, vivo patre liberis ex filia emancipata in matrimonio mortua superstitibus iure communi vindicatur. Goett. 1749. *Deneke* diss. cit. de dote receptitia, §. 26. Anderer Meynung sind *Merenda* controvers. lib. 3. cap. 5. n. 9. *Huber* praelect tit. solut. matrim. *Pufendorf* P. 1. obs. 69. §. 11. dessen Argumente Busch am a. O. §. 20. seq. widerlegt.

§. 133. Was sind Ehepacten?

Der Vertrag, worin Verlobte oder Ehegatten die Rechte und Verbindlichkeiten festsetzen, die in ihrer Ehe Statt finden sollen, heißt Ehepacten, *pacta dotalia*, *nuptialia*. Ihre Gegenstände sind die Brautgabe, die Paraphernalgüter, donatio propter nuptias, Versorgung der Wittwe, Erziehung der Kinder; heutzutage auch sehr oft das Erbrecht der Ehegatten. Diese Verträge sind gültig, in so fern sie 1) den Rechten des Ehemannes nicht allzu nachtheilig sind; dergleichen wäre z. E. der Vertrag, daß die Ehefrau nicht unter der Oberherrschaft des Ehemannes stehen solle; daß der Mann die auf die Dotalgüter verwendeten nothwendigen Ausgaben nicht zurückfordern; daß er die Nutzungen des Brautschatzes nicht geniessen solle u. s. w.

Sie dürfen aber auch 2) nicht der Ehefrau zu schädlich seyn, wenn sie gelten sollen. Daher sind sie ungültig, wenn darin festgesetzt wäre, daß die Brautgabe den Erben des Mannes verbleiben, und der Wittwe nicht wieder zufallen solle; daß der Mann die unbeweglichen Dotalgüter veräussern dürfe; daß er keinen Schaden ersetzen solle, den er etwa durch Nachläßigkeit den Dotalgütern zufügen werde; daß die Brautgabe nach des Mannes Tode später, als die Gesetze es vorschreiben, zurückgegeben werden solle; (die Gesetze nemlich wollen, daß unbewegliche Stücke sogleich nach Trennung der Ehe, bewegliche nach Verlauf Eines Jahres zurückgegeben werden sollen) u. s. w. (*[1]).

(1) Voet. ad Pand. lib. 23. tit. 4. §. 17. *Claproth* iurispr. hevremat. part. I. p. 316.

§. 134. Klagen, welche wegen des ehelichen Zustandes angestellt werden.

Noch habe ich die Klagen, welche auf den ehelichen Zustand Bezug haben, kürzlich anzuführen. So sind 1) *actio praeiudicialis de statu coniugali affirmativa*, wenn ich behaupte, daß ich ein Ehegatte eines andern sey, folglich die einem Ehegatten gebührenden Rechte verlange, der oder die andere aber mir jenes läugnet, und diese nicht zugestehen will. 2) *Negativa*, wenn Jemand sich für meinen Ehegatten ausgiebt, und ich verlange, daß er oder sie sich dessen enthalte. 3) Die Nullitätsklage, wenn ich behaupte, daß eine von mir geschlossene Ehe gleich anfangs ungültig gewesen sey, und bitte, sie für nichtig zu erklären (§. 127.). 4) Die Ehescheidungsklage, wenn ich verlange, daß eine von Anfang gültig gewesene Ehe aufgehoben werde (§. 129.). Die Desertionsklage ist eine Gattung derselben, wenn ein Ehegatte sich vom andern entfernt, und dieser verlangt, daß man den Entfernten öffentlich vorlade, und wenn er nicht erscheint, den klagenden Theil von der Ehe entbinde. 5) Die Klagen, welche wegen der Brautgabe angestellt werden. Sie sind mancherley: 1) Wenn jemand einer Weibsperson einen Brautschatz zu geben verspricht; so kann er actione ex stipulatu belangt werden, das Versprechen zu erfüllen. Stipulatio ist ein feyerliches Versprechen, das vermittelst einer vorgeschriebenen Formel geschieht (§. 806.), und die Klage, welche aus einem solchen Versprechen entsteht, heißt actio ex stipulatu. Merkwürdig ist, daß vermöge der L. un §. 1. Cod. de rei uxor. act. (IV. 13.) die versprochene Brautgabe actione ex stipulatu gefordert werden kann, wenn sie gleich nicht durch eine wirkliche Stipulation, sondern mit gemeinen Worten versprochen worden ist; denn die Gesetze fingiren hier die Stipulation. 2) Weiter kann auch wegen einer versprochenen Brautgabe *actio hypothecaria* angestellt werden. Denn, wenn ich einem verspreche, die Person, die er heyrathet, auszustatten, so bekommt er ein Pfandrecht

auf mein Vermögen; und wenn ich der Weibsperson selbst eine Brautgabe verspreche, so bekommt sie ein solches Pfandrecht (§. 719.). 3) Wenn man die Brautgabe vom Vater fordert, ohne daß er sie versprochen hat: so muß man condictionem ex leg. ult. Cod. de dotis promissione anstellen. Nemlich, wenn der Vater keine Mitgift verspricht, so erklärt er entweder zugleich, daß er keine geben wolle oder nicht. Im ersten Fall ist die Sache klar, und es hat keine Klage gegen ihn Statt. Im letzten aber entsteht entweder a) Streit, ehe die Tochter sich verheyrathet; oder b) nachdem sie geheyrathet hat, und bey ihren Lebzeiten; oder c) nachdem sie in der Ehe verstorben ist, und Kinder hinterlassen hat. In allen drey Fällen kann nach der richtigern Meynung der Vater auf eine seinem Vermögen proportionirte Mitgift belangt werden, wie Hombergk (*1) gründlich gezeigt hat. 4) Will die Ehefrau oder ihre Erben die Brautgabe nach getrennter Ehe wieder zurück haben: so finden drey Klagen Statt: a) *rei vindicatio;* denn die Frau ist nun wieder völlige Eigenthümerin der Brautgabe, und die Klage, welche aus dem Eigenthumsrecht entsteht, heißt rei vindicatio (§. 344.). b) *Actio ex stipulatu,* die Zurückgabe der Brautgabe mag wirklich durch eine Stipulation ausbedungen seyn, oder nicht. Auch in diesem Fall wird die Stipulatirn von den Gesetzen fingiret (§. 1131.). c) *Actio hypothecaria,* weil der Frau wegen ihres Eingebrachten ein stillschweigendes Pfandrecht auf das Vermögen ihres Mannes zukommt (§. 719.) (*2).

(1) Diss. cit. de obligatione patris ad constituendam dotem non promissam.

(2) Ausführlicher handelt von den Klagen, die auf den ehelichen Zustand Beziehung haben, Schmidt im Lehrbuche von Klagen, §. 309. u. f. f.

DE LEGITIMATIONE.

§. 135. Geschichte der Legitimation.

Die väterliche Gewalt wird durch die Ehe, Legitimation und Adoption erworben. Auf die Lehre vom Ehestande folgt daher die Lehre von der Legitimation. Vor K. Constantin M. hatte man kein Mittel, ein uneheliches Kind in seine Gewalt zu bringen, als daß man es arrogirte, das ist, an Kindesstatt annahm. Unter Constantin M. und seinen Nachfolgern aber wurde eingeführt, daß man Concubinenkindern die Rechte ehelicher Kinder verschaffen konnte, a) wenn man die Concubine heyrathete (legitimatio per subsequens matrimonium), b) wenn man das Concubinenkind zum Decurio bestimmte (per oblationem curiae), und c) wenn man sich ein Kayserliches Rescript erbat (per rescriptum Principis) (*).

(1) Insgemein heißt es, in den Zeiten des Freystaates hätte zuweilen der Senat, und in der Monarchie der Kayser dispensationsweise ein unehliches Kind legi-

timirt. Man führt *Liv.* lib. 38. cap. 36. und L. 57. §. 1. D. de rit. nupt. an. Allein beyde Stellen sagen das nicht. In der L. 57. redet Marcian von Kindern, die aus einer putativen Ehe gebohren sind. Diese werden für legitim erklärt. *Hiller* diss. qua legitimatio per rescriptum principis Iustiniano imperatori tanquam auctori atque inventori vindicatur, §. 4. sqq. Bey Livius wird den Campaniern das ius connubii mit Römischen Bürgern gegeben, und zugleich verordnet, daß die schon zuvor aus einer Campanisch-Römischen Ehe gebohrnen Kinder als Kinder aus einem connubio gelten sollten.

§. 136. Was ist die Legitimation?

Die Legitimation ist also eine Handlung, wodurch uneheliche Kinder die Rechte der ehelichen erhalten, und in die väterliche Gewalt kommen (*1). Uneheliche Kinder haben die Rechte der ehelichen nicht, sind auch nicht in des Vaters und überhaupt in keines Menschen väterlicher Gewalt. Wenn aber eine Handlung vorgeht, vermöge deren diese Kinder als eheliche angesehen werden, die Rechte der ehelichen erhalten, und in die väterliche Gewalt kommen: so sagt man, daß sie legitimirt seyen (*2).

(1) Mit der Legitimation ist die *restitutio natalium* nicht zu verwirren. Diese war eine Wohlthat des Kaysers, wodurch einem Freygelassenen alle Rechte der Freygebohrnen ertheilt wurden. Tit. Pand. de natalibus restituendis. Indessen wird doch die Legitimation von Neueren auch zuweilen natalium restitutio genannt.

(2) Man hat darüber gestritten, ob in der Legitimation eine rechtliche Fiction liege? Fictio iuris nemlich heißt die Aufstellung eines juristischen Satzes, der zwar wahr seyn könnte, indessen nicht wirklich wahr ist, welche Aufstellung in der Absicht geschieht, um das harte Recht zu mildern. Z. B. wenn ein Römischer Bürger ein Testament gemacht hatte, in die Kriegsgefangenschaft fiel, und darin starb, so galt sein Testament nach den alten Gesetzen nicht. Ein neues Gesetz, lex Cornelia aber will, daß man annehmen solle der Testirer sey in dem Augenblick gestorben, als er Kriegsgefangener wurde. Durch diese Fiction wird das Testament gültig erhalten; dergleichen Fictionen hat man im Römischen Recht viele. Alteserre in seinem Tractat de fictionibus iuris, Paris. 1659. und Hal. 1769. 4. hat am weitläuftigsten, aber nicht immer am gründlichsten davon gehandelt. Man s. auch *Luzac.* obs. apologet. pro IC. Rom. cap. 4. Also die Frage ist: ob auch in dem Fall, wenn ein uneheliches Kind legitimiret wird, eine solche fictio iuris geschehe. Ich trete denen bey, welche es läugnen; denn in keinem Gesetz wird dieser Fiction gedacht, und man hat sie nicht nöthig, um daraus irgend eine Verordnung in der Legitimationslehre zu erklären. Das scheinbarste, was die Vertheidiger der Fiction anführen, ist: die Verordnung in der L. 10. et 11. C. de natural lib. und §. ult. I de nupt. vermöge welcher keine Legitimation Statt findet, wenn Jemand eine Sklavin als Concubine gehabt, mit ihr Kinder gezeugt hat, darauf die Sklavin nebst den Kindern freyläßt und heyrathet; diese Verordnung, sage ich, läßt sich nicht erklären, wenn man keine Fiction bey der Legitimation annehme. Nehme man aber dergleichen an, so sey der Grund der Verordnung dieser: die Gesetze fingiren nie etwas unmögliches.

Wenn also eine Legitimation durch die Ehe geschehen solle, so müsse zur Zeit, als das uneheliche Kind concipirt wurde, eine Ehe zwischen den Eltern möglich gewesen seyn. Dieß war aber nicht in dem angeführten Falle. Allein auf dieses Argument läßt sich antworten: die Ursache, warum Kinder, die man mit einer Sklavin gezeugt hatte, nicht durch die Ehe legitimirt werden konnten, liegt darin, daß diese Kinder libertini waren, und daß die libertini keine verwandtschaftlichen Successionsrechte hatten (§. 645). Uebrigens ist der ganze Streit wenig oder nichts werth. Wer mehr davon wissen will, kann nachlesen: *Iordens* diss. IIda de legitimat. cap. 2. *Volkmann* diss. de legitimatione partus adulterini (Giss. 1761.) §. 10. Und Prehns Abhandlung: ob die Legitimation außer der Ehe gebohrner Kinder sich in einer Römischen Erdichtung gründe, Rostock 1777. 4. — vergl. Thibaut über die zurückwirkende Fiction bey der legitimatio per subsequens matrimonium in den Versuchen 2c. I. 10. W.

§. 137. Drey Fragen bey der Legitimation.

Bey der Legitimation sind drey Fragen zu beantworten: 1) bey welchen unehelichen Kindern hat sie Statt? 2) Auf wie vielerley Art geschieht sie? 3) Was ist ihre Wirkung? Um die erste dieser Fragen zu entscheiden, muß man die verschiedenen Arten der unehelichen Kinder kennen lernen. Sie sind entweder 1) aus einer Blutschande gebohren, oder 2) aus einem Ehebruch, oder 3) von einer Hure (meretrix, mulier quaestuaria), oder 4) von einer Geschwächten (stuprata), oder 5) im Concubinate. Meretrix, Hure nemlich ist eine Person, die sich jedem preißgiebt; eine Geschwächte, stuprata, hingegen, welche sonst ehrbar gelebt hat, aber, wie man sagt, zu Fall gekommen ist. Die unehelichen Kinder der ersten Art heißen *incestuosi*; der andern *adulterini*; der dritten *vulgo quaesiti*, Hurenkinder; der vierten *spurii*, Jungfernkinder; der fünften *naturales*. Indessen ist das Wort spurii vieldeutig. Zuweilen werden alle unehelichen Kinder, zuweilen diejenigen darunter verstanden, welche aus verbotenem Beyschlafe, also nicht aus der Ehe oder dem Concubinat erzeugt sind (*1).

Dieses vorausgesetzt, bemerke man, daß nach Römischem Recht nur die naturales oder im Concubinat erzeugten Kinder legitimirt werden konnten, also alle übrige uneheliche Kinder nicht. Der Grund davon ist: die Legitimation wurde als eine Wohlthat für den Vater angesehen; indem er dadurch die nach Römischem Recht so wichtige väterliche Gewalt bekam. Wohlthaten aber ertheilt das Gesetz keinem, der gesetzwidrig handelt, und jeder uneheliche Beyschlaf ausser dem Concubinat war gegen die Gesetze. Daher wurde die Wohlthat der Legitimation nur denen zu Theil, welche aus der erlaubten Verbindung mit einer Concubine Kinder erhalten hatten, nicht solchen, welche sie im verbotenen Beyschlafe zeugten (*2).

(*1) *G. L. Boehmer* diss. de necess. par. cons. in nupt. lib. cap. 1. §. 3. *Pütt-*

mann diss. de querela inoff. testam. fratribus atque sororibus contra spurios haud competente, in opusc. p 217. sqq. — Naturales werden 1) die wirklich gezeugten, mithin auch die ehelichen Kinder im Gegensatz der an Kindesstatt angenommenen genannt, 2) in der engern Bedeutung aber Kinder, die aus einer zwar erlaubten, aber nicht bürgerlich vollgültigen Verbindung herrühren, gerade so wie der Ausdruck naturalis in der Folge auch tit. de obligat. vorkommen wird. In dieser Bedeutung sind naturales a) die in contubernio servorum L. 88 §. 12. D. de legat. II. b) die im Concubinat gezeugten Kinder. W.

(a) *Iordens* cit. diss. 1. c. 4. §. 3. Der Beyschlaf mit einer Hure, fornicatio, wurde zwar bey den Römern nicht gestraft, aber doch als eine schändliche Handlung angesehen. L. 13. §. 2. L. 22. C. ad L. Iul. de adult (IX. 26.) L. 43. §. 4. 5. L. 24 D. de his, qui not. infam. L. 4 § 3. D. de condict. ob turp. caus. Auch ist der Vater bey Hurenkindern fast immer ungewiß.

§. 138. Gattungen der Legitimation.

Die Arten der Legimation sind, wie ich schon vorhin bemerkte (§. 135.) dreyerley: 1) durch die nachfolgende Ehe, 2) durch die Bestimmung zum Decurio, 3) durch ein landesherrliches Rescript. Die erste hat Constantin der Große (*), die zweyte Theodosius der jüngere, die dritte Justinian erfunden (*1). Andere Juristen führen noch mehrere an, nemlich per arrogationem, wenn ein Vater sein natürliches Kind arrogiret, per testamentum a Principe confirmatum und per nominationem filii. Allein die erste ist von Justin abgeschafft worden (*2). Die legitimatio per testamentum a Principe confirmatum, welche in der Nov. 74. cap. 2. vorkommt, ist im Grunde eine legitimatio per rescriptum Principis; die legitimatio per nominationem filii ist ein Unding. Man will sie zwar in der Nov. 117. cap. 2. gefunden haben, sie steht aber nicht darin, sondern der Fall dieses Gesetzes ist folgender: man zweifelte, ob ein gewisser Sohn ehelich oder unehelich sey; weil ihn aber der Vater im Testament Sohn genannt hatte, so ist, sagt Justinian, zu vermuthen, daß er aus rechtmäßiger Ehe erzeugt, also legitim sey (*3).

(*) Die Verordnung dieses Imperators selbst ist nicht mehr vorhanden. Zeno bezieht sich in L. 5. C. *de natural. liber.* auf den Inhalt derselben. *Jacob Gothofred.* ad L. 1. C. Theod. *de natural. filiis* (IV, 6.). Es hat aber *I. H. Boehmer* in diss. de legitimatione ex damnato coitu natorum, welche überhaupt hiebey vorzüglich nachgelesen zu werden verdient, §. 7. 8. und 9. in Exercitat. ad Pand. P. I. deutlich gezeigt, daß die Verordnung Constantins und seiner Nachfolger immer nur als Zeitgesetze für die derzeit im Concubinat schon lebenden Personen, und diese zur Ehe aufzumuntern, nicht aber zum Besten derer, die nach der Verordnung erst einen Concubinat eingehen würden, gegolten, und daß erst Justinian in L. 10. und 11. C. *de natural. liber.* die nachfolgende Ehe als eine beständige Art zu legitimiren eingeführt hätte. W.

(1) Nov. 89. cap. 9. *Christ. Henr. Miller* diss. cit. qua legitimatio per rescript.

Principis Iustiniano Imp. tamquam auctori atque inventori vindicatur. Tub. 1723.

(2) L. 7. C. de nat. lib. (V. 27.). Er führt als Beweggrund an: cum nimis sit indignum, nimis item impium, flagitiis praesidia quaerere, ut et petulantiae servire liceat, et ius nomenque *patris*, quod eis denegatum est, id altero legis colore praesumant. Dieß soll wohl soviel heißen: wer Kinder legitimirt haben will, soll seine Concubine heyrathen, soll nicht die Erlaubniß haben, im Concubinate (in petulantia) fortzuleben, und sich die Rechte eines Vaters auf einem andern Wege zu erwerben. Im Grunde aber hat Justinian diese Art zu legitimiren wieder zugelassen, indem er nemlich die Legitimation durch ein Kayserliches Rescript einführte.

(3) *Iordens* diss. 1. cap. 5. §. 1. sqq. *A. A. Pagenstecher* Iner. iniur. cap. p. 517. sqq.

§. 139. Von der Legitimation durch nachfolgende Ehe.

Die Legitimation durch die nachfolgende Ehe geschieht, wenn ich die Person, mit der ich im Concubinat gelebt, und Kinder gezeugt habe, heyrathe (*1). Man streitet darüber: ob zu dieser Legitimation schriftliche Ehepacten (instrumenta dotalia) erforderlich gewesen seyen? Zu dem Wesen der Ehe werden sie nicht erfordert, das ist gewiß; aber wenn ich meine Concubine heyrathe, und will, daß meine mit ihr erzeugten Kinder legitimiret werden sollen, sind alsdann dergleichen schriftliche Ehepacten nöthig? Man hat vier verschiedene Meynungen über diese Frage, die Jordens (*2) erzählt. Die richtigste ist, daß von des Kaysers Anastasius Zeiten an, allerdings Ehepacten erforderlich gewesen sind; denn der Concubinat war der Ehe so ähnlich, daß man ihn schwer davon unterscheiden konnte. Wollte also einer seine bisherige Concubine heyrathen, so mußte er dieß durch ein evidentes Zeichen an den Tag legen, und dazu schickten sich am besten die Ehepacten. Ob aber in diesen Ehepacten eine Brautgabe festgesetzt seyn, ob sie instrumenta *dotalia* im eigentlichen und strengen Verstande seyn mußten, ist zweifelhaft. Die bejahende Meynung haben Schulting (*3) und Jordens am a. O., die verneinende Noodt (*4), Cocceji (*5) und Andere vertheidigt. Dieser gebe ich Beyfall, denn es ist gar nicht einzusehen, warum in den mit der Concubine errichteten Ehepacten schlechterdings eine Brautgabe habe festgesetzt werden müssen, zumal da der Fall, daß die Concubine arm war, und keinen Brautschatz geben konnte, wohl häufiger mag gewesen seyn, als der entgegengesetzte. Heutzutage ist nichts bey dieser Legitimation erforderlich, als was zu der Ehe erfordert wird, das heißt, nach der Tridentinischen Kirchenversammlung die Erklärung des ehelichen Consenses vor dem ordentlichen Pfarrer und zwey Zeugen, nach dem Protestantischen Kirchenrecht aber die priesterliche Trauung (*6).

(1) Eine

(1) Eine der berühmtesten Klippen im Institutionentexte ist §. 13. de nupt. wo Justinian sagt: wenn jemand seine Concubine heyrathe: so kämen dadurch seine liberi naturales in die väterliche Gewalt. Quod et aliis liberis, fährt er fort, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio praebuit. Einem jeden muß dabey die Frage einfallen: was brauchte Justinian zu verordnen, daß die Kinder, die ich mit meiner vormaligen Concubine, jetzigen Ehefrau, zeuge, in der väterlichen Gewalt seyn sollen? das versteht sich ja von selbst. Die verschiedenen Erklärungen und Verbesserungen dieser Stelle führen *Iordens* diss. I. de legitimat. cap. 6. §. 17. seqq. und *Gebauer* excurs. 4. ad Instit. an. *Püttmann* interpret. et obs. cap. 15. will damit helfen, daß er sagt: Justinian rühme sich mehrmal ohne Grund, etwas neues verordnet zu haben, und habe in der L. 10. et 11. C. de nat. lib. (V. 27.) wirklich jene, an sich ganz überflüßige, Verordnung gemacht. Ich finde aber in den angeführten Gesetzen dieß nicht. Justinian sagt vielmehr darin, wenn Jemand mit einer Concubine Kinder gezeugt, darauf die Concubine geheyrathet, und eheliche Kinder gezeugt hat, so sollten die ehelichen keinen Vorzug vor den legitimirten haben. Gebauer am a. O. schreibt: mihi haerere aquam ingenue fateor, et meo suffragio locus inexplicabilis est seponendus. Eben so denke ich, und führe noch an, daß mir eine neuere Erklärung (*Koehler* interpret. et emendat. lib. 1. cap. 10.) die Schwierigkeit eben so wenig als die älteren zu heben scheint.

(2) *Iordens* diss. 2. de legitimat. cap. 3.

(3) *Schulting* enarrat. Pand. tit. de his, qui sui vel alieni iuris §. 9.

(4) *Noodt* comm. ad Pand. tit. de his, qui sui vel alieni iuris.

(5) *Cocceii* ius contr. eod. tit. Q. 16.

(6) *Mevius* P. 2. dec. 81. *Stryk* Us. mod. lib. 1. tit. 6. §. 10. Durch ein bloßes Eheverlöbniß geschieht keine Legitimation. *Püttmann* miscellaneor. cap. 4.

§. 140. Durch Bestimmung zum Decurionate.

Mit der Legitimation durch Bestimmung zum Decurio (per curiae dationem) hat es folgende Beschaffenheit: Im Römischen Reiche waren Städte, welchen ein Theil des Römischen Bürgerrechts (ius civitatis minus plenum) gegeben war; sie hießen municipia (*1). In diesen Städten waren collegia, welche die Aufsicht über das Stadtwesen führten, und ungefähr das waren, was in Rom der Senat war, und heutigestages der Stadtrath ist. Sie hießen *curiae*, und ihre Mitglieder *decuriones* oder *curiales* (*2). Diese Decurionen hatten aber ein lästiges Amt. Denn sie hatten die Verwaltung der Stadtkasse, die Aufsicht über die öffentlichen Schauspiele, Wasserleitungen, Straßen, Bäder; mußten die Victualien herbeyschaffen, Gesandtschaften übernehmen, die Steuern eintreiben, und für die Rückstände haften, dem Kayser Neujahrsgeschenke geben; wenn sie starben, erbte der Rath einen Theil ihres Vermögens ꝛc. (*3). Man suchte daher die Bürger in den Municipien durch mancherley Privilegien zum Decurionate zu reitzen. Dahin gehört denn auch die Legitimation. Wenn nemlich ein Bürger seinen

natürlichen Sohn mit dessen Einwilligung zum Decurio bestimmte, und ihn daher in das Verzeichniß der Decurione (album curialium) eintragen ließ (*4): so wurde der Sohn legitimirt. Der Vater also sollte durch die Erlangung der väterlichen Gewalt gereitzt werden, den Sohn zum Decurionate zu bestimmen, und der Sohn sollte durch die Erwerbung der ehelichen Geburtsrechte bewogen werden, seine Einwilligung zu geben. Eben diese Wirkung hatte Statt, wenn jemand seine natürliche Tochter an einen Decurio verheyrathete.

(1) In den neuern Zeiten, nachdem alle Römische Unterthanen das Bürgerrecht erhalten hatten (§. 90.), hießen alle Städte, außer Rom, municipia. L. I. §. 1. D. ad L. municipal.

(2) Curiales nemlich in weitläuftiger Bedeutung heißen sowohl die zu diesem Amt nur bestimmte und zu dessen Uebernahme verpflichtete Personen, als die welche es schon wirklich bekleideten. Im eigentlichen Sinne aber heißen die ersteren curiales, die letzteren decuriones.

(3) *Wunderlich* l. c. §. 6.

(4) Allein wurde der Sohn dadurch sogleich ein wirklicher decurio? Darüber ist viel gestritten worden. Die bejahende Meynung vertheidigen *Fabrot.* in apolog. pro graecis interpret. thesaur. *Otton.* Tom. 3. p. 1145. *Reiz* Excurs. XV. ad *Theoph.* *Wunderlich* l. c. §. 20. sqq. Sie haben das Ansehen des Theophilus ad §. 13. I. h. t. für sich. Das Gegentheil aber behaupten *Merill.* lib. 8. obs. 26. *Heineco.* ad *Vinn.* pag. 70. und Andere.

§. 141. Durch ein landesherrliches Rescript.

Die dritte Art zu legitimiren geschieht durch ein landesherrliches Rescript. Wenn der Vater eines unehelichen Kindes diese Art der Legitimation gebrauchen will: so wird erfordert, 1) daß es ihm unmöglich sey, die Concubine zu heyrathen, weil sie z. E. todt, oder schon an einen Andern verheyrathet ist, oder ihn nicht heyrathen will. Ist es möglich, sie zu heyrathen, so muß er das Kind auf diesem Wege legitimiren, und die Legitimation durch ein Rescript findet nicht Statt. 2) Daß er keine ehelichen Kinder habe. Denn sind dergleichen vorhanden, so legitimirt der Landesherr die unehelichen Kinder nicht, weil die Legitimation den ehelichen allzu schädlich seyn würde. 3) Daß er sich unmittelbar an den Landesherrn wende, und von ihm ein Rescript impetrire; ut sacrum Principis oraculum impetret, wie Justinian in seiner schwülstigen Sprache sagt.

§. 142. Wirkungen der Legitimation.

Die Wirkungen der Legitimation auf Seiten des Vaters sind: 1) daß er die väterliche Gewalt mit allen ihren Ausflüssen, und 2) entweder ein ganz neues oder doch ansehnlicheres Erbrecht erhält. Denn den natürlichen Kindern succediret der Vater nur in gewissen Fällen, und zwar nur auf den sechsten Theil des Vermögens. Auf Seiten der Kinder hat sie den Effect,

daß sie die Familienrechte erhalten. Sie werden Agnaten des Vaters; auch nach Römischem Recht nobiles, wenn er nobilis ist. Allein sie hören auch auf sui iuris zu seyn, werden alieni iuris, kommen in die väterliche Gewalt. Daraus folgt denn: 1) daß die Legitimation nicht ohne Einwilligung der Kinder geschehen könne (*1). Denn wie kann ich einen gegen seinen Willen unter meine väterliche Gewalt ziehen? 2) Daß die Kinder ein Erbrecht erhalten. Die natürlichen Kinder haben dergleichen ebenfalls nur auf den sechsten Theil des väterlichen Vermögens, und nur unter gewissen Einschränkungen (§. 690.). Es wird ihnen also durch die Legitimation das Erbrecht theils erweitert, theils ein neues gegeben.

(1) Wenigstens ist dieß nach dem neuesten Römischen Recht Nov. 89. cap. 11. keinem scheinbaren Zweifel unterworfen: *Iordens* diss. 2. cap. 1. *Noodt* ad tit. de his, qui sui vel alieni iur. und *Schulting* Enarrat. ad h. t. n. 7. *Cocceii* ius controv. ibid. qu. 9. Auch nach dem Canonischen Recht ist bey der Legitimation durch die Ehe die Einwilligung der Kinder nöthig. Das Gegentheil behaupten zwar *Sarmientus* selectar. interpret. lib. 1. cap. 8. p. 40. und Andere. Allein man sehe *Iordens* l. c. §. 4.

§. 143. Heutiger Gebrauch.

Vom heutigen Gebrauch der Legitimationslehre (*) ist zu bemerken, 1) daß die legitimatio per oblationem curiae bey uns gänzlich wegfalle. Denn wir haben die Einrichtung mit den Municipien und Decurionen nicht, die im alten Römischen Reiche war (*1).

2) Wir haben eine legitimation, welche dem Vater keine väterliche Gewalt, und den Kindern keine Familienrechte verschafft, sondern blos dazu dient, daß der Flecken der unehelichen Geburt ausgetilgt wird, und das Kind im Staat für legitim gilt. Die Deutschen haben von jeher die Grille gehabt, ein uneheliches Kind verdiene in der bürgerlichen Gesellschaft eine Art von Verachtung und Geringschätzung; dürfe nicht in Zünfte, Gilden und andere Collegien aufgenommen werden; trage einen Schandfleck an sich (§. 62.) (**). Die Römer wußten davon nichts, ein uneheliches Kind konnte der Regel nach zu allen Gesellschaften, Aemtern und Würden gelangen, wohin ehelich gebohrne Kinder kommen konnten (*2). Daher giebt es heutzutage eine doppelte Legitimation: a) eine solche, welche bey dem Vater die väterliche Gewalt, und bey den Kindern ein Erbrecht wirkt (eine *plenam*, wie sie Einige nennen), und b) eine, die blos den Schandfleck der illegitimen Geburt tilgt, und die Kinder fähig macht, in Gilden und andere Gesellschaften zu kommen (*minus plenam*). Die Legitimation, welche durch die Ehe geschieht, ist allezeit *plena*, die hingegen, welche durch ein landesherrliches Rescript bewirkt wird, ist zuweilen *plena*, meistens aber nur *minus plena*. Eine solche unvollkommene Legitimation kann bey dem Landesherrn von dem unehelichen Kinde auch ohne Wissen

und Willen des Vaters gesucht werden. Denn sie ist dem Vater auf keine Weise nachtheilig (*3).

3) Nach dem Canonischen Recht können alle Arten von unehelichen Kindern legitimirt werden; auch die aus einem Stuprum, Ehebruch, einer Fornication und incestuosen Ehe gebohrnen (*4). Nur muß freylich, wenn die Legitimation durch die Ehe geschehen soll, eine Ehe möglich seyn. Wenn also z. E. Bruder und Schwester ein uneheliches Kind gezeugt haben, so ist die Legitimation per subsequens matrimonium unmöglich.

4) In Deutschland legitimiren nicht nur die Landesherren in ihren Territorien, sondern auch die kayserlichen Pfalzgrafen (comites palatini). Dieses sind Personen, durch welche der Kayser seine Reservatrechte ausüben läßt. (*5). Bey ihnen wird die Legitimation noch öfter, als bey den Reichsständen gesucht, weil sie alsdann ihre Wirkung im ganzen Deutschen Reiche äussert, welches sie, in dem Fall, wenn sie von einem Reichsstand ertheilt wird, nach der Meynung vieler Juristen nicht leistet (*6).

5) Man erfordert bey der Legitimation durch ein Rescript heutzutage nicht mehr, daß die Ehe unter den Eltern unmöglich sey. Wenn es gleich möglich ist, die Person zu heyrathen, mit der ich die unehelichen Kinder habe; so kann ich diese doch durch ein Rescript legitimiren lassen (*7).

6) Einige (*8) behaupten mit Recht, daß heutzutage der Landesherr plene legitimiren könne, wenn gleich legitime Kinder vorhanden wären. Denn da ein Vater heutzutage alle Arten unehelicher Kinder im Testament zu Erben einsetzen kann (§. 487.); so kann er den ehelichen Kindern ihr Erbtheil auch durch Legitimation der unehelichen schmälern (*9). Doch versteht sich immer dabey, daß den ehelichen Kindern der Pflichttheil nicht vermindert werden darf (§. 473.); d. i. wenn ein Vater so viele uneheliche Kinder legitimiren lassen wollte, daß den ehelichen ihr Pflichttheil nicht ungeschmälert bliebe, so könnten diese bey der Erbtheilung den Pflichttheil fordern, und die legitimirten Kinder müßten sich mit dem Rest begnügen.

7) Verschiedene Rechtslehrer (*10) sind der Meynung, heutiges Tages sey die Einwilligung des zu legitimirenden Kindes zur Legitimation nicht mehr erforderlich, weil sie ihm nicht schädlich, sondern nützlich sey. Ich kann aber dieser Meynung nicht beypflichten; denn ich sehe nicht ein, warum die Legitimation heutiges Tages den Kindern weniger schädlich oder nützlicher seyn soll, als sie es nach dem neuen Römischen Recht war.

(*) Käme es bey der Legitimation unehelicher Kinder in unsern Gerichten bloß auf die Anwendbarkeit des Römischen Rechts an, so würden sie, wie J. H. Böhmer cit. Dissert. §. 15. richtig anmerkt, gar nicht Statt finden, da dieses Recht sie nur auf den Concubinat, als eine an sich nicht verbotene Verbin-

bung einschränkt, welcher aber bey uns in die Zahl der Verbrechen gehört (§. 113.). Alle unehelichen Kinder sind bey uns ex coitu damnato, und die eigentlich sogenannten liberi naturales den spuriis gleich zu achten, welche das Römisch Recht von der Legitimation gänzlich ausschließt. Wir folgen aber hier den Vorschriften des Canonischen Rechts, welches die Legitimation weit mehr begünstigt, wie im §. näher bemerkt wird. W.

(1) *Stryk* us. mod. Pand. tit. de his, qui sui vel al. iur. §. 19.

(**) Daß dieses Vorurtheil ursprünglich durch Anordnungen des Kirchenrechts veranlaßt sey, zeigt *I. H. Boehmer* I. E. P. I. 17. 1. W.

(2) L. 3. §. 2. D. *de decurionib. Heinecc.* ad L. Iul. et Pap. Popp. lib. 2. cap. 4. *Thomas.* diss. de usu pract. doctr. I. de legitimat. cap. 1. §. 3. Im Oesterreichischen ist diese Makel der unehelichen Geburt im Jahr 1783. völlig aufgehoben worden. Polit. Journal, Sept. 1783. S. 919.

(3) *G. L. Boehmer* diss. de necessar. parent. consensu in nupt. lib. §. 68. Der Vater ist auch die Legitimationskosten herzugeben nicht schuldig. *Wernher* Tom. 1. part. 3. obs. 49 p. 531.

(4) *I H. Boehmer* diss. de legitimat. ex damnato coitu nator. §. 16. In Exercit. ad Pand. Tom. 1. p. 886. *Pufendorf* Tom. 1. obs. 163.

(5) Der Kayser hat einige Rechte in Deutschland, welche er allein ohne Einwilligung der Reichsstände, ausübt. Diese heißen Kaiserliche Reservatrechte. So kann z. B. der Kayser in den Fürsten-, Grafen- und Adelstand erheben; academische Würden ertheilen, verleihen; Notarien bestellen; Poeten krönen. Wenn er einem das Recht giebt, einige seiner Reservatrechte in seinem Namen auszuüben: so heißt dieser ein Kaiserlicher Pfalzgraf, Hofpfalzgraf.

(6) Man s. aber *Gribner* diss. de iure legitimandi Principum imperii §. 12. in opusc p. 15. seq.

(7) *Stryk* us. mod. Pand. lib. 1. tit. 6. §. 17.

(8) *Stryk* l. c. §. 16. *Ayrer* in diss. de rescripto legitim. Principis plenissimum effectum tribuente, legitimi licet liberi exstent. §. 5. seqq. der aber seinen Satz mit sehr schwachen Gründen unterstützt.

(9) Anderer Meynung ist *Pufendorf* observ. iur. univ. T. 1. obs. 241. §. 6.

(10) *Thomas.* ad *Strauch* diss. 4. th. 13. *I. H. Boehmer* l. c. pag. 904.

TIT. XI.

DE ADOPTIONIBUS.

§. 144. Was ist die Adoption?

Die Adoption ist das dritte Erwerbungsmittel der väterlichen Gewalt. Man versteht darunter, wenn man das Wort weitläuftig nimmt, eine gesetzliche Annahme an Kindes oder Enkels Statt. Die Adoption ist eine Annahme an Kindes oder Enkels Statt, das ist, ihrer ursprünglichen Bestimmung nach (§. 149), eine Erklärung, daß ich einen in meine väterliche Gewalt nehmen (*1), und ihm die Rechte eines Kindes oder Enkels ertheilen will, welcher ohne diese Erklärung kein filius familias von mir wäre,

die Kindes- oder Enkelrechte nicht hätte. Sie ist aber ferner eine gesetzliche Annahme, das heißt, sie muß in rechtlicher Form, nämlich unter öffentlicher Autorität geschehen. Wenn ich einen Menschen nur *privatim* an Kindesstatt annehme: so hat diese Handlung die Rechte der Adoption nicht, und das angenommene Kind heißt nicht *adoptivus*, sondern ein Pflegekind, *alumnus*. Oeffentliches Ansehen erhält die Adoption durch die Obrigkeit, und durch den Landesherrn. Man sehe den folgenden §.

Zwey Grundsätze sind bey der Adoption vorzüglich merkwürdig. Der erste: die Adoption ahmt die Natur nach, das heißt, wenn es der Natur nach schlechterdings unmöglich ist, daß jemand mein Kind oder Enkel sey; oder wenn es schlechterdings unmöglich ist, daß ich über ihn die väterliche Gewalt habe, so fällt die Adoption weg. Der andere: sie ist blos zum Behelf für die erfunden, die weder leibliche Kinder, noch Hoffnung dazu haben.

Noch muß ich anmerken, daß Kinder, die man erzeugt, nicht adoptirt hat, liberi *naturales* heissen. Man muß also die beyden Bedeutungen dieses Ausdruckes, indem zuweilen Kinder, die mit einer Concubine erzeugt sind (§. 137.), zuweilen aber leibliche Kinder darunter verstanden werden, nicht verwirren.

(1) Vergl. Glück über Hellfeld §. 149. Die sogenannte *adoptio per testamentum* ist also keine wahre Adoption, denn der Adoptirte kann dadurch nicht in die väterliche Gewalt des Adoptanten kommen. Sie ist weiter nichts, als eine Erbeinsetzung unter der Bedingung, wenn der Eingesetzte meinen Namen annehmen wird. Sehr umständlich und schön hat dieß *Christ. Gottl. Richter* diss. de conditione nominis ferendi ultimis voluntatibus adscripta (Lips. 1780.) §. 6. ausgeführt. Hugo Rechtsgesch. §. 237.

§. 145. Gattungen derselben.

Die Adoption in weitläuftigem Verstande ist entweder Arrogation, oder Adoption in engerer Bedeutung. Diese beyde Gattungen sind dem Gegenstande, den Erfordernissen und den Wirkungen nach, verschieden.

1) Dem Gegenstande nach, wenn ich nemlich einen filium familias an Kindes Statt annehme, ihn aus seines Vaters Gewalt in die meinige bringe: so heißt es Adoption in engerer Bedeutung. Nehme ich hingegen einen patrem familias, einen hominem sui iuris, z. E. ein Waisenkind zu meinem Kinde an: so ist es eine Arrogation.

Sie sind 2) in Ansehung der Erfordernisse verschieden. a) Beyde haben höhere Bestätigung nöthig; aber die eigentliche Adoption kann von jeder Obrigkeit bestätiget werden; die Arrogation hingegen erfordert die unmittelbare Bestätigung des Landesherrn. Nach dem alten römischen Recht, selbst noch unter den Kaysern (*1) geschah die Arrogation vor dem Volk, erst in den neu-

ern Zeiten wurde sie vom Kayser bestätiget. b) Wenn ich einen filium familias adoptiren will, so ist nur der Consens seines Vaters nöthig, und daß der adoptandus selbst nicht widerspreche. Will ich hingegen einen hominem sui iuris arrogiren, so ist seine wirkliche Einwilligung erforderlich. In dem Fall, wenn ich einen Unmündigen arrogiren will, erfordern die Gesetze ausserdem, a) die Einwilligung der Verwandten und der Vormünder; b) eine gerichtliche Untersuchung, ob die Arrogation dem Unmündigen vortheilhaft sey, und überdieß muß c) der arrogator Caution stellen, daß, wenn der Unmündige vor erlangter Mündigkeit sterben werde, er das Vermögen denjenigen zurückgeben wolle, welche es erhalten hätten, wenn keine Arrogation geschehen wäre, und daß, wenn der arrogator den arrogatum ohne gerechte Ursache emancipiren wird, er nicht nur dessen Vermögen herausgeben, sondern auch noch den vierten Theil seines eignen abtreten wolle. Dieser vierte Theil heißt, weil K. Antoninus Pius die Verordnung gegeben hat, *quarta divi Pii* (*[2]). Wird der Arrogirte mündig, und die Arrogation mißfällt ihm, so kann er, wofern er erhebliche Ursachen anführt, den Arrogator nöthigen, ihn wieder zu emancipiren (*[3]).

3) In den Wirkungen. Die Arrogation wirkt ohne Unterschied die väterliche Gewalt; die Adoption hingegen hat diesen Effect nach Justinianeischem Recht nicht immer. (Man sehe §. 149.)

(1) *Nordkerk* obs. decas. p. 139., *Water* lib. 3. obs. iur. rom. cap. 16. *Herm. Cannegieter* obs. iur. rom. lib. 2. cap. 19. — — Die eigentliche Adoption geschah nach älterm Recht durch feyerlichen Kauf — per aes et libram. — Die Arrogation unter Auctorität des ganzen Volks. Das neuere Recht erfordert überall zur Gültigkeit der Handlung öffentliche Auctorität, jedoch in veränderter Form: a) bey der eigentlichen adoptio in specie, b) bey der Arrogation überhaupt, c) bey der eines Unmündigen besonders. Die Arrogation erfordert in jeder Verfassung die Zustimmung der höchsten Staatsgewalt. Der Zustand eines gewaltfreyen Menschen — caput liberum, homo sui iuris — war kein Gegenstand des Privatverkehrs, konnte weder durch seine eigne, noch weniger durch die Verfügung anderer Bürger, selbst nicht der Obrigkeit, deren Einwilligung bey der eigentlichen adoptio genügte, sondern nur mit Consens des ganzen Volks, und nachher des Princeps aufgehoben werden. Dieß machte auch eine Veränderung in den Censualregistern, die nur von der höchsten Auctorität im Staate abhing. W.

(2) *Io. Andr. Frommann* diss. de adrogatione impuberis et quarta Antoniniana, Tubing. 1663.

(3) L. 32. et 33. D. de adopt.

§. 146. Folgen aus dem Grundsatze: die Adoption ahmt der Natur nach.

Weil die Adoption der Natur nachahmt, so können 1) nur diejenigen adoptiren, welche leibliche Kinder in ihrer Gewalt haben können. Ein Castrat

kann also 2) nicht adoptiren, weil er zum Kinderzeugen unfähig ist. Kayser Leo hat zwar (wie die Note sagt) den Castraten das Recht zu adoptiren in seiner 26. Novelle ertheilt; diese Novellen sind aber, wie wir oben gesehen haben (§. 15.), in Deutschland nicht angenommen. 3) Auch Weibspersonen sind zur wahren Adoption unfähig, weil diese die väterliche Gewalt zum Endzweck hat; eine Weibsperson aber keine väterliche Gewalt haben kann. Wenn indessen eine Frau leibliche Kinder gehabt, und durch den Tod verlohren hat (*²): so kann sie bei dem Landesherrn die Erlaubniß zu einer uneigentlichen Art von Adoption erhalten; nemlich zu einer Adoption, die dem adoptirten Kinde ein Erbrecht, der Adoptivmutter aber weder ein Erbrecht noch die väterliche Gewalt giebt (*³). Ich kann 4) keinen adoptiren, der älter oder auch nur um ein weniges jünger als ich ist. Wenn ich einen an Sohnes, oder eine an Tochter Statt annehmen will: so muß ich 18 Jahre älter, und will ich an Enkelsstatt annehmen: so muß ich 36 Jahre älter seyn. Warum die Gesetze 18 Jahre (plenam pubertatem) erfordern, und nicht mit der minus plena, mit 14 Jahren zufrieden sind, läßt sich nicht mit Gewißheit sagen. Man führt gemeiniglich den Grund an: obgleich ein Mensch im 14ten Jahre Kinder zeugen könne, so habe er doch selten vor dem 18ten Jahre Kinder; es sey daher der Natur nicht völlig gemäß, wenn er einen adoptire, welcher nicht wenigstens 18 Jahre jünger sey (*⁴). 5) Man kann nicht auf eine Zeitlang adoptiren; d. i. man kann nicht sagen: ich will dich auf Ein, zwey rc. Jahre adoptiren; denn man zeugt keine Kinder, daß sie nur eine Zeitlang es seyn sollen. Uebrigens geht es wohl an, daß man Jemand adoptiret, und ihn nachher wieder emancipiret.

(1) Ob ein spado adoptiren könne, ist bestritten. Cajus L. 2. §. 1. und Modestinus L. 40. §. 2 sagen, es gehe an. Allein das Wort spado ist vieldeutig. Bisweilen bedeutet es einen jeden, der keine Kinder zeugen kann, weil er entweder verschnitten ist, oder von Natur einen Mangel an den Zeugungsgliedern hat. Zuweilen versteht man einen Menschen unter dem spado, der zwar die Zeugungsglieder in der gehörigen Beschaffenheit besitzt, aber kränklicher Umstände wegen keine Hoffnung Kinder zu zeugen hat. Daher entsteht die Frage: welche Art der Spadonen in jenen Stellen gemeynt sey? ob allein die Spadonen adoptiren können, die nur eine Zeitlang zum Zeugungsgeschäft untüchtig sind, oder ob auch diejenigen adoptiren dürfen, die von Natur ganz, und immer dazu unfähig sind? Richtiger ist doch wohl die Meynung, daß nur die ersteren, nicht die letzteren Spadonen, Kinder annehmen können. Denn die Adoption soll eine Nachahmung der Natur seyn. Und warum sollten die Gesetze den Castraten die Adoption verbieten, sie aber den von Natur ganz Zeugungsunfähigen erlauben? *Harmenopul.* lib. 2. tit. 8. *Vinn.* ad §. 10. h. t.

(2) *Harmenopul.* lib. 2. tit. 9. Daß einer Wittwe die landesherrliche Erlaubniß zu adoptiren ertheilt werden könne, ist ausgemacht; zweifelhaft hingegen, ob einer

einer Frau, deren Mann noch lebet, erlaubt werden könne, für sich allein zu adoptiren. *Io. Christ. Schroeder* diss. de adoptionibus iure civili et moribus Germaniae usitatis, (Ien. 1703.) pag. 45. behauptet, nur eine Wittwe könne adoptiren. Allein das Gesetz, §. 10. I. h. t. schließt die Eheweiber nicht aus. Daß der Landesherr einer Frau, wenn sie auch keine Kinder gehabt hat, die Erlaubniß zur Adoption ertheilen könne, vertheidigt mit Grund Strube in den rechtl. Bed. 2. Theil, 6a. Bed.

(3) Einige z. E. *Franzk.* Ex. 2. Qu. 10. glauben, daß heutiges Tages eine Weibsperson auch ohne landesherrliche Erlaubniß adoptiren könne. Allein diese Meynung ist ohne Grund. Strube am a. O.

(4) *Donell.* commentar. iur. civ. lib. 2. cap. 22. *Nispen* ad Herenn. Modestin. cap. 2. in *Oelrichs* thesaur. diss. Belgic. Tom. 1. Part. 1. pag. 13. sqq.

§. 147. Folgen aus dem Axiom: die Adoption ist zum Behelf erfunden worden.

Die Adoption ist ein Nothbehelf für solche, die zum Zeugungsgeschäft nicht aufgelegt sind. Also können 1) die nicht adoptiren, welche Alters halber noch Hoffnung haben, Kinder zu zeugen. Da nun die Römischen Gesetze annehmen, daß ein Mann bis in das sechzigste Jahr diese Hoffnung noch haben könne, so wollen sie, daß man vor diesem Alter nicht adoptire (*1). Auch kann der Regel nach 2) einer nicht adoptiren, der schon leibliche Kinder hat. Ich sage der Regel nach. Ganz kann es nach Römischem Recht nicht verboten gewesen seyn (*2). Allein in welchen Fällen es dann eigentlich erlaubt war, in welchen nicht, das bestimmen unsre Gesetze nicht. Insgemein nimmt man an, es sey erlaubt, wann die leiblichen Kinder blödsinnig, oder ungerathen, oder zum Kinderzeugen untüchtig sind (*3). Soviel ist wohl gewiß, daß die Adoption erlaubt ist, wenn sie den leiblichen Kindern nichts schadet, z. B. wann Jemand, der eine einzige Tochter hätte, deren Ehemann, seinen Schwiegersohn, adoptirte.

(1) Ist einer noch nicht 60 Jahr alt, so ist er entweder verheyrathet, oder nicht. Ist er verheyrathet, so soll er nach den Gesetzen die Hoffnung noch nicht aufgeben, Kinder zu zeugen. Wenn er unverheyrathet ist, so hat er es sich selbst zuzuschreiben, daß er keine eheliche Leibeserben hat. Ist im Gegentheil einer 60 Jahr alt, so ist er entweder a) bis daher ledig gewesen, oder b) er lebt in der Ehe, aber ohne Kinder, oder c) er ist Wittwer. War er nie verheyrathet, so darf er zur Strafe seines Cölibats nicht adoptiren. Lebt er hingegen in der Ehe, oder ist Wittwer, so ist ihm die Adoption erlaubt. Doch giebt es Fälle, wo einer auch vor dem sechzigsten Jahre adoptiren kann. Ulpian L. 15. §. 2. D. h. t. sagt: nisi forte morbus aut valetudo in causa sit, aut alia iusta causa adrogandi veluti, si coniunctam sibi personam velit adoptare. Indessen ist es freylich sehr zweifelhaft, ob das, was hier von der Arrogation gesagt ist, auch auf die eigentliche Adoption zu ziehen sey, und ob Ulpian nicht blos von der Arrogation eines Unmündigen rede. Glück über Hellfeld §. 149. Hugo civilistisches Magazin II. 2. 218. rc.

(2) Denn sonst könnte Justinian §. 2. de legit. cognat. success. nicht sagen,

es sey zwischen meinen leiblichen und Adoptivkindern eine Agnation; und Paullus L. 23. D. h. t. könnte nicht schreiben, mein Adoptivsohn sey der Bruder meiner leiblichen Tochter. Auch Theophilus ad pr. h. t. sagt, es sey nur meistens wahr, daß einer der leibliche Kinder hat, nicht adoptiren dürfe.

(3) *Reinoldi* var. cap. 42. in opusc. p. 230. sqq.

§. 148. Wirkungen der Adoption.

Wenn ich einen adoptire, so nehme ich ihn an Kindesstatt an: wird also durch die Adoption kein wahres und leibliches Kind von mir. Daraus folgt, 1) daß die Verwandtschaft zwischen ihm und mir keine natürliche, sondern blos bürgerliche Verwandtschaft ist, und hieraus schließen nun die Römischen Juristen weiter, 2) daß mein Adoptivkind von allen Personen, die meine Agnaten sind, auch Agnat werde; hingegen von denen, die bloße Cognaten von mir sind, wird es kein cognatus. Denn die Cognation ist die Blutsverwandtschaft (§. 115.), und diese kann durch die Adoption nicht gewirkt werden. Die Agnation hingegen ist eine bürgerliche Verbindung, welche also durch die Adoption entstehen kann. 3) Wenn ich einen Menschen adoptire: so wird er mit meiner Ehefrau gar nicht verwandt; sie ist als seine Stiefmutter anzusehen.

§. 149. Eintheilung der Adoption in die vollkommene und unvollkommene.

Nach dem alten Römischen Recht hatte jede Adoption, sowohl die Arrogation, als eigentliche Adoption, die Wirkung, daß sie die der väterlichen Gewalt gab. Justinian aber traf darin in der L. 10. C. de adopt. (VIII. 48.) eine Aenderung (*1). Bey der Arrogation ließ er das alte Recht in seiner Gültigkeit. In Ansehung der eigentlichen Adoption hingegen verordnete er folgendes: 1) wenn ein Ascendent seinen Descendenten adoptiret, z. B. der mütterliche Großvater einen Enkel oder eine Enkelin: so kommt das Kind in die väterliche Gewalt seines Adoptivvaters, und seine Verbindung mit seinem leiblichen Vater hört völlig auf, solang es in der Gewalt des Adoptivvaters bleibt; es beerbt auch diesen allein (*2). 2) Wird das Kind von dem Adoptivvater wieder emancipirt, so soll es die Kindesrechte in Ansehung des leiblichen Vaters wieder erhalten. 3) Adoptirt hingegen ein *extraneus* (das heißt hier jeder, der nicht Ascendent ist), so behält das Kind alle Kindesrechte gegen seinen leiblichen Vater; es bleibt in dessen väterlichen Gewalt (in sacris patris naturalis), es erbt ihn ab intestato; es darf von ihm im Testament nicht übergangen, oder ohne gesetzliche Ursache enterbt werden. 4) In Ansehung des Adoptivvaters erhält es blos das Recht, als suus heres ab intestato, zu erben. Es kommt nicht in dessen väterliche Gewalt und Familie, es bleibt in Ansehung dieser Familie in fremder, oder wie Justinian sagt: sui heredis ius ad eius (patris adoptivi) successionem,

non etiam legitima iura ad familiam extranei patris adoptivi habeat, nec ipse ad eum communionem aliquam habeat, sed quasi extraneus ita ad illam familiam inveniatur (*3). Wenn der Adoptivvater ein Testament macht, so ist er nicht schuldig, dem Kinde etwas zu hinterlassen. 5) Emancipirt er das Kind wieder, so erbt es ihn auch nicht einmal ohne Testament, sondern muß sich blos an seines leiblichen Vaters Erbschaft halten (*4).

Dieser Verordnung nach giebt es also eine doppelte Art von Adoption, eine, welche die väterliche Gewalt und die Familienrechte giebt, und eine, welche diese Rechte nicht wirkt. Die erste nennt man die vollkommene (*plenam*, *perfectam*); die letzte die unvollkommene (*minus plenam*, *imperfectam*).

(1) Die Veranlassung des Gesetzes erzählt Justinian selbst, aber nicht sehr deutlich. Man s. Glücks Commentar §. 151. — Nicht alle Ascendenten haben an sich schon väterliche Gewalt über ihre Descendenten, und die letztern hatten vor Justinians Successionsordnung nicht schon als solche immer das volle Erbfolgerecht. Dieß gab häufig Veranlassung, daß ein Ascendent seine leiblichen Descendenten förmlich adoptirte. W.

(2) Ob aber dieß auch nach dem Recht der Novellen noch Statt finde, ist zweifelhaft. Denn das Adoptivkind bleibt der Adoption ungeachtet ein Cognat seines leiblichen Vaters, und nach der 118. Novelle erben die Cognaten mit den Agnaten. *Koch* de success. ab intest. §. 40.

(3) Man schließt daraus, 1) daß es auch den Verwandten des Adoptivvaters ohne Testament nicht succedire; 2) daß der Adoptivvater ein solches Kind nicht erbe: Allein der letzte Schluß ist wohl nicht der bündigste.

(4) Justinian verhunzte, wie Gundling h. t. sagt, die Lehre von der Adoption. Seine ganze Verordnung zeigt wenig legislatorische Einsicht, *Thomasii* diss. de usu pract. tit. Inst. de adopt. cap. 1. § 26. in collect. dissert. Tom. 3. p. 856. sqq. und enthält viel anomalisches. Der Adoptivvater, welcher einen Fremden adoptiret, soll keine väterliche Gewalt bekommen, und doch das Kind emancipiren können. Das Kind soll nicht in die väterliche Gewalt kommen, und doch *suus heres* des Adoptivvaters seyn. *Bellonus* supputation. lib. 1. cap. 3. (novar. declaration. Colon. 1576. fol. pag 461.) weiß sich nicht anders zu helfen, als damit: hier sey ein juristisches Wunder. Per miraculum hoc contingit, nam et alias solet lex miraculose operari. Andere z. B. *Wissenbach* disp. ad pand 4. §. 31. *Matthaei* commentar. ad Instit. h. t. §. 2. *Best* coniectur. ex iur. civ. in thesaur. diss Belgicar. Vol. 1. part. 1. p. 221. sagen, Justinian mag sprechen, was er will, der fremde Adoptivvater bekomme keine väterliche Gewalt, er erhält sie doch wirklich. Allein man sehe *Franzk*. Ex. 2. Qu 10. *Feltmann* tripertit. tit. de adopt. §. 2. *Püttmann* miscellaneor. libr. sing. cap 9. *Thomasius* in diss. l. c.

§. 150. Heutiger Nutzen der Adoption.

1) Heutzutage sind die Annehmungen an Kindesstatt, sowohl die Adoptionen, als Arrogationen, sehr selten. Denn die väterliche Gewalt ist nicht

so wichtig und vortheilhaft, als im alten Rom; und die eigentliche Adoption wirkt nicht einmal diese Gewalt, wenn man nicht einen Descendenten adoptirt. Was soll also einen zur Adoption bewegen? Indessen muß man nicht glauben, was Einige behaupten, daß die Annehmung an Kindesstatt ganz abgekommen sey, und keine rechtliche Wirkungen mehr habe; folglich alle angenommenen Kinder bloße Pflegkinder (alumni) seyen, welche die Rechte eines Kindes nicht haben. Das Römische Recht ist bey uns auch in diesem Stücke angenommen, und man hat Beyspiele von Adoptionen nicht nur bey Regenten, sondern auch bey andern Personen (*1). Der Adoptivsohn behält in Deutschland seinen Familiennamen, nimmt aber dabey den Namen seines Adoptivvaters an, zwischen beyde wird das Wort genannt gesetzt, z. E. Sinold genannt Schütz (*2). 2) Eben so wenig läßt es sich beweisen, daß heutiges Tages jede Obrigkeit die Arrogation confirmiren könne, und die Autorität des Landesherrn dabey nicht mehr nöthig sey; wie Stryk (*3) und Cocceji (*4) gegen Schilter am a. O. richtig bemerken. 3) Die Adoptionen im eigentlichen Verstande erfordern auch bey uns die obrigkeitliche Bestätigung. Indessen kann eine aussergerichtliche Adoption doch als ein Erbvertrag gelten (*5).

(1) *Müller* ad *Leyser* obs. tit. 96. ibique alleg. — Die Adoption eines Descendenten von seinem Adscendenten wird wohl bey uns am allerwenigsten vorkommen, da die besondere Veranlassung derselben (§. 149. not. 1.) nicht mehr in dem Umfange wie bey den Römern Statt findet. W.

(2) Gewöhnlich steht das Wort genannt vor dem Namen, der vor der Adoption geführt worden ist; heißt also so viel, als sonst genannt. S. Hugo civilist. Magazin 2. Bandes 1. Heft. 227. Seite.

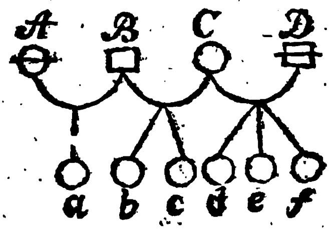
(3) Us. mod. tit. de adopt. §. 6.

(4) Ius civ. controv. eod. tit. Qu. 2.

(5) Carrach Abhandlung über die Frage, in Schott's juristischem Wochenblatt v. J. 1773. S. 462. u. ff. *Müller* ad *Leyser* obs. 97.

§. 151. Von der Einkindschaft.

Eine Aehnlichkeit mit der Adoption hat die Einkindschaft, unio prolium (*1). Sie ist im Römischen Recht unbekannt, und eine bloße deutsche Erfindung. Wenn Eltern sterben, und Kinder aus verschiedenen Ehen hinterlassen: so entsteht oft über die Separation des Vermögens Streit. Wenn z. E.



B stirbt: so muß ihr Vermögen von dem Vermögen des A und C und der D separirt werden. Denn das Vermögen von A erbt allein a. Das Vermögen der B erben a b c. Dem C succediren b c d e f, und in die Verlassenschaft der D theilen sich d e f. Diese Separation hat gewöhnlich große Schwierigkeiten, und um diese zu heben, hat man die Einkindschaft erfunden. Wenn B und C zur Ehe schreiten wollen: so wird das nachgelassene Vermögen des A und der D zuförderst untersucht und bestimmt. Dieß bleibt deren Kindern, dem a d e und f. Alsdann machen B und C einen Vertrag, daß ihr Vermögen in Eine Masse geworfen, und ihre Stiefkinder ihnen mit den leiblichen Kindern succediren sollen: a soll den C, und d e f die B erben. An einigen Orten wirkt diese Einkindschaft auch die väterliche Gewalt, an andern und den meisten aber nicht. Insgemein führt man als ein Erforderniß der Einkindschaft an, daß sie gerichtlich, und mit Inziehung der Verwandten eingegangen werden müsse. Allein das läßt sich nur alsdann behaupten, wenn Landesgesetze oder Observanz es vorschreiben (*2).

(*) Die ältesten Statuten und Einkindschaftsverträge zeigen, daß man die Einkindschaft als eine Art von Adoption angesehen hat. Wilhelm Gottl. Tafinger über die Lehre von der Einkindschaft, Nürnb. 1785. 8. — Die Einkindschaft ist in der That nichts anders, als ein Erbfolgevertrag, und als solcher nach Römischen Rechten nicht, L. ult. C. de pactis, wohl aber nach den unsrigen gültig. Die Rechtsgelehrten, welche Deutsche Institute überall nach Römischen Grundsätzen behandelten, glaubten die Sache nur in der Ansicht einer Adoption aufrecht erhalten zu können. Daher diese Vermischung. Selbst noch heutiges Tages bedient man sich wohl des Ausdrucks, Annehmung als rechter Kinder, oder an Kindes Statt, wenn man gleichwohl nichts anders, als Einkindschaft vor hat, wobey es um die Gültigkeit der Sache sehr mißlich aussehen würde, da die Form der Arrogation, zumal der Unmündigen, fehlt. Dieß muß man sich aber nicht irren lassen, sondern das Geschäfte für das nehmen, was es nach der Absicht der Partheyen seyn soll. W.

(2) *Steenhof* diss. de praxi iudiciorum erronea §. 20.

TIT. XII.

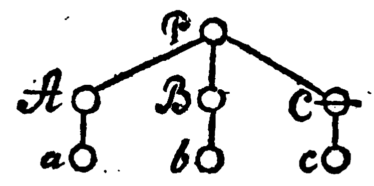
QUIBUS MODIS IUS PATRIAE POTESTATIS SOLVITUR.

§. 152. Uebergang zu diesem Titel.

Wir kennen die väterliche Gewalt und ihre Erwerbungsarten, die Ehe, die Legitimation und die Adoption. Jetzt untersuchen wir, wie diese Gewalt aufhöre. Denn das ist gewöhnlich Justinians Methode, sowohl in den Institutionen, als in den Pandecten, daß zuerst vom Wesen der Sachen, alsdann von ihren Entstehungsarten, und endlich von ihrer Zernichtung gehandelt wird.

§. 153. Absterben, Capitis Deminution, Adoption und Emancipation vernichten die väterliche Gewalt.

Die väterliche Gewalt hört 1) durch den Tod dessen auf, dem sie zusteht. Doch werden darum nicht immer die Kinder sui iuris, sondern man bemerke: die Kinder sind entweder von dem ersten Grade, oder von dem folgenden. Kinder des ersten Grades heißen Söhne und Töchter, Kinder der folgenden Grade sind Enkel, Urenkel u. s. w. Also



A B C sind Kinder des ersten, a b c Kinder des zweyten Grades: Die Kinder des ersten Grades, A und B, werden durch den Tod dessen, welcher die väterliche Gewalt über sie hatte, durch den Tod des P, sui iuris. Man nehme aber an, daß P nicht nur seine Söhne, sondern auch seine Enkel a b c noch in seiner väterlichen Gewalt hatte, und daß C vor seinem Vater gestorben oder aus dessen väterlicher Gewalt gegangen ist. Nun stirbt P. In diesem Falle wird nur c sui iuris, a und b werden es nicht; denn sie fallen in ihrer Väter A und B Gewalt zurück. Deutlicher läßt sich übrigens diese Sache also ausdrücken: wenn der Vater stirbt, so werden die Söhne und Töchter sui iuris. Stirbt hingegen der Großvater, so werden die Enkel nicht sui iuris, sondern fallen in ihres Vaters Gewalt zurück, wenn anders dieser noch lebt, und selbst noch in der väterlichen Gewalt war (*1).

Ferner 2) verlischt die väterliche Gewalt durch die größte und mittlere Capitis Deminution. Wenn nemlich der Vater die Freyheit oder durch das Exilium das Bürgerrecht verlohr: so verlohr er auch die väterliche Gewalt. Denn kein Sklav und kein Nichtbürger hatte die Römische väterliche Gewalt. Auch wenn dem Sohne Freyheit oder Bürgerrecht entzogen wurde, so hörte die väterliche Gewalt auf. Denn im ersten Fall kam er in die Gewalt eines Herrn, im andern mußte er das Römische Gebiet räumen, und ins Exilium gehen: die Ausübung der väterlichen Gewalt wurde also unmöglich; der Sohn wurde überdas als todt angesehen (*2)

Die väterliche Gewalt wird endlich 3) durch die vollkommene Adoption geendigt. Ich sage durch die vollkommene. Denn wenn mein Sohn von einem Andern nur unvollkommen adoptirt wird: so bleibt er in meiner Gewalt. Uebrigens wird der Sohn durch die Adoption nicht sui iuris, sondern geht nur aus einer väterlichen Gewalt in die andere. Endlich 4) wird die väterliche

Gewalt auch durch die Emancipation zernichtet, von welcher der 156. u. f. §§. handeln.

(1) S. *Vinn.* ad pr. I. h. t.

(2) Neque peregrinus civem romanum, neque civis romanus peregrinum in potestate habere potest, sagt *Ulpian.* fragment. tit. 10. §. 3.

§. 154. Relegation, Würde, Enterbung endigen die väterliche Gewalt nicht.

Hingegen 1) durch die bloße Relegation hört die väterliche Gewalt nicht auf. Denn der relegirte Vater behält sein Bürgerrecht, er muß nur die Stadt räumen; der Sohn aber ist schuldig ihm zu folgen (*1). Man sieht also, wie groß der Unterschied zwischen Exilium und Relegation im Römischen Recht ist. Eben so wenig wird 2) durch ein öffentliches Amt, eine Würde, die väterliche Gewalt geendigt. Der Sohn konnte die höchsten Ehrenstellen bekleiden, Dictator, Consul seyn, ohne darum von der väterlichen Gewalt frey zu werden; ob sie gleich während der Amtsführung suspendirt war. Auch 3) ist die Enterbung keine Handlung, wodurch die väterliche Gewalt aufgelöset wird. Die Folgen dieses Satzes werden wir §. 175. und 506. kennen lernen.

(1) Ueber den Sinn des §. 2. I. h. t. relegati autem patres *in insulam* in potestate sua liberos retinent, s. *Püttmann* probabil. lib. 1. cap. 6.

§. 155. Einige Würden lösen nach Justinianeischem Recht die väterliche Gewalt auf.

Ehrenstellen und Würden hoben nach Antejustinianeischem Rechte die väterliche Gewalt nicht auf. Nach Justinians Verordnungen aber wird ein Sohn durch folgende Würden von des Vaters Gewalt frey: a) durch die Patriciat-Würde. In dem alten Rom waren patricii ungefähr das, was bey uns der Adel ist, und plebs die Bürgerlichen. (S. oben §. 36.) Constantin M. aber erfand eine ganz neue Ehrenstelle, und nannte sie patriciatum. Constantins Patricier waren eine Art von kayserlichen Räthen. Ihre Amtsgeschäfte beschreibt Octavianus Gentilius und Curtius (*1) ausführlich. b) Durch die Bischofswürde, c) das Consulat, d) die prätorianische Präfectur. Praefectus praetorio war nach Augusts Einrichtung ein General der kayserlichen Garde. Diese Generale aber wurden nach und nach Cabinetsminister. Constantin bestellte vier Statthalter im Römischen Reich, die er praefectos praetorio nannte (*2). e) Durch die Präfectur über die Stadt. Praefecti urbi hießen die Gouverneurs in Rom und in Constantinopel (*3). Sie hatten den größten Theil der Gerichtsbarkeit in der Stadt und 100 Meilen im Umfange. f) Durch das magisterium militum; nach unserer Art zu reden, eine General-Feldmarschallsstelle. Constantin M. hat ebenfalls diese Würde erfunden. g) Durch das patrocinium fisci, das Amt des Sachwalters, der die fiscalischen Processe führte.

(1) *Octavianus Gentilius* de patricior. orig. varietate, praestantia et iuribus lib. 2. cap. 1. p. 143. *Curtius* de senatu romano, lib. 4. cap. 6. §. 93. pag. 165. sqq.

(2) *Drackenborch* diss. de officio praefectorum praetorio, in *Oelrichs* thesauro diss. Belgicarum. vol. 2. tom. 2. pag. 49. sqq.

(3) *Drackenborch* diss. de praefectis urbi, in *Oelrichs* thesauro l. c. pag. 1. sqq.

§. 156. Von der Emancipation.

Hauptsächlich wurde die väterliche Gewalt bey den Römern durch die Emancipation, die auch zuweilen Manumission heißt, geendigt (*1). Man versteht darunter eine ausdrückliche und gesetzliche Erklärung des Vaters, daß sein Kind von der väterlichen Gewalt frey seyn solle. Man bemerke also 1) jede Emancipation muß ausdrücklich geschehen. Die Juristen streiten zwar darüber: ob es im Römischen Recht eine stillschweigende Emancipation gebe? und verschiedene behaupten es (*2); allein Böhmer (*3) und Heimburg (*4) haben das Gegentheil bewiesen (*5). Die Gesetzstellen (*6), worin man die stillschweigende Emancipation finden will, enthalten dergleichen nicht. 2) Die Emancipation muß auf die gesetzliche Weise geschehen; daher ist sie dreyerley: die alte, die Anastasianische und Justinianeische.

(1) *Gerlac. Scheltinga* diss. de emancipationibus, apud *Fellenberg* in iurispr. antiq. vol. 2. n. 18.

(2) *Alteserra* de fict. iur. tract. 6. cap. 18. edit. Paris. pag. 56. *Eyben* ad Inst. h. t. obs. 14. *Barth* diss. de emancipat. saxonica, § 4. in collect. diss. p. 221. *Leyser* sp. 21. med. 2. *Walch* controv. iuris civilis p. 84. edit. 111.

(3) Am a. O. in exercit. ad Pand. tom. 1. pag. 944.

(4) Diss. difficillima emancipationis romanae et germanicae capita, §. 7. sqq.

(5) Man sehe auch *D'Arnaud* var. coniect. lib. I. cap. 24. p. 171. *Scheltinga* diss. de emancipat. proleg. §. 16. *Müller* ad *Leyser* tom. 1. obs. 100. — — Dieß folgt auch aus der gesetzlichen Form von selbst. Sie war ursprünglich eine feyerliche Handlung (§. 157. rc.), und in der Folge geschah sie unter öffentlicher Auctorität. Mit beyden kann der Begriff einer stillschweigenden Emancipation nicht füglich bestehen. W.

(6) L. 1. C. de patr. pot. (VIII. 47.) L. 25. pr. D. de adopt. In dem ersten Gesetz heißt es: ein Vater, welcher verstattet habe, daß sein Sohn sich lange Zeit als ein pater familias aufgeführt, sey mit der Präjudicialklage de patria potestate gegen den Sohn nicht mehr zu hören. Natürlich, denn sie ist verjährt. In der L. 25. redet Ulpian von einer ausdrücklichen Emancipation.

§. 157. 158. Gattungen derselben.

Die alte geschah mit vielen Feyerlichkeiten. Der Vater verkaufte, in Gegenwart sieben Römischer Bürger, seinen Sohn als Sklaven an einen andern, welcher pater fiduciarius hieß. Dieser ließ ihn los, wie man einen Sklaven losließ, und der Sohn fiel also in des Vaters Gewalt zurück. Der Vater verkaufte ihn nun zum Zweytenmal, und der Käufer manumittirte ihn wie-

wieder. Auch jetzt fiel der Sohn wieder in des Vaters Gewalt. Er verkaufte ihn also zum drittenmal. Durch diesen dritten Verkauf wurde die väterliche Gewalt völlig aufgehoben. Allein damit war die Sache noch nicht zu Ende. Der Vater wollte die Patronatrechte über den Sohn haben. Er kaufte daher den Sohn wieder an sich, und dieser war nun nicht mehr Sohn, sondern Sklave des Vaters. Endlich manumittirte der Vater den Sohn, und jetzt war dieser ein homo sui iuris.

Die Anastasianische geschieht durch ein Kaiserliches Rescript. K. Anastasius schaffte die alte Emancipation nicht ab, er erlaubte nur, die Emancipation auch bey dem Kaiser durch ein Rescript zu suchen. Dieses Rescript muß aber bey der Obrigkeit übergeben und im Gericht niedergelegt werden.

Die Justinianeische geschieht vor der Obrigkeit. Justinian hob die alte Emancipation ganz auf, die Anastasianische ließ er zwar gelten, er erlaubte aber auch jeder Obrigkeit, die Emancipation zu bestätigen.

(1) Bey jedem Verkauf wurde ein Vertrag geschlossen, welcher *fiducia* hieß. Bey dem ersten und zweyten Verkauf nemlich versprach der Käufer, er wolle den Sohn wieder manumittiren; bey dem dritten hingegen, er wolle ihn jetzt nicht freylassen, sondern dem Vater wieder verkaufen. Hätte er den Sohn freygelassen, so wäre er dessen Patron gewesen, und hätte die Patronatrechte gehabt; dieß wollte aber der Vater nicht, er wollte selbst den Sohn freylassen, und die Patronatrechte genießen. Von diesem Vertrage bekam der Käufer den Namen *pater fiduciarius*. *Gebauer* excurs. V. ad Instit. p. 306. sqq. Bey der Emancipation der Töchter und Enkel war Ein einziger Verkauf hinlänglich. *Caii* instit. I. 6. 3. ap. *Schulting*. p. 59. *Ulpian*. fragm. X. 1. ibid. pag. 592. Ueber die alte Emancipation findet man eine gute Abhandlung, wo man sie nicht sucht, in *Wernher* sel. obs. for. vol. 3. part. 1. obs. 13.

§. 159. a) Von der Verstoßung der Kinder; b) Fälle, wo der Vater zur Strafe seine väterliche Gewalt verliert.

Die Emancipation erfordert die Einwilligung der Kinder; gegen ihren Willen kann man sie nicht emancipiren. Doch bemerke man: 1) adoptirte Kinder können auch gegen ihren Willen emancipirt werden (*[1]), und 2) leibliche Kinder alsdann, wenn sie sich schwerer Vergehungen schuldig machen, wegen der sie enterbt werden dürfen (*[2]). Eben so wenig, als die Kinder (der Regel nach) gegen ihren Willen emancipirt werden können, so wenig wird dem Vater seine Gewalt gegen seinen Willen genommen. Doch giebt es Fälle, a) wo er die väterliche Gewalt zur Strafe von selbst (*ipso iure*) verliert; auch Fälle, wo er b) gezwungen wird, die Kinder zu emancipiren. Die Fälle, worin die väterliche Gewalt von selbst aufhört, sind 1) wenn er die Töchter zwingen will, sich als Huren preis zu geben; 2) wenn er die Kinder aussetzt; 3) wenn er zu einer zweyten incestuosen Ehe schreitet.

(1) L. 10. pr. C. de adopt.

(2) §. 3. I. h. t. ibique Theophil. in paraphras. Glück über Hellfeld §. 160. Mit einer solchen gegen den Willen des Kindes geschehenen Emancipation ist nicht zu verwirren die Verstoßung, *abdicatio liberorum*. Als die väterliche Gewalt bey den Römern noch in ihrem ganzen Umfange galt, findet man Beyspiele von solchen Verstoßungen der Kinder. *Valer. Max.* V. 7. 2. V. 8. 3. et 4. *Heinecc.* ad *Brisson.* voc. abdicare. *Scheltinga* diss. cit. cap. 5. §. 3. sqq. Nachdem aber die väterliche Gewalt sehr beschränkt wurde, war eine schimpfliche Verstoßung nicht mehr erlaubt. In der L. 6. C. de patr. pot. (VIII. 47.) sagen die Kayser Diocletian und Maximian: *abdicatio*, quae graeco more ad alienandos liberos usurpabatur, legibus Romanis non comprobatur.

§. 160. Fälle, wo der Vater zur Emancipation gezwungen wird.

In wie viel Fällen der Vater gezwungen werde, die Kinder zu emancipiren, ist controvers. Der Streit lauft am Ende größtentheils auf Logomachie hinaus. Heimburg am a. O. hat die Sache weitläuftig abgehandelt. Die richtigste Meynung ist, wie ich glaube, diese: daß der Vater in drey Fällen zur Emancipation genöthigt werde: 1) wenn er die Kinder grausam und barbarisch behandelt; 2) wenn ihm jemand etwas vermacht oder schenkt, mit dem Beding, daß er die Kinder emancipire, und er das Vermächtniß oder das Geschenk annimmt. 3) Wenn er einen unmündigen Menschen arrogirt hat, und diesem jetzt, da er mündig ist, die Arrogation mißfällt (§. 145.).

§. 161. Wirkungen von der Erlöschung der väterlichen Gewalt.

Wir wissen, auf welche Art die väterliche Gewalt erlischt; was sind aber die Wirkungen dieser Erlöschung, und zwar zuerst auf des Vaters Seite? Entweder ist die Rede von Adoptiv- oder von leiblichen Kindern. Wenn ein Adoptivkind wieder aus der väterlichen Gewalt geht, so hört alle Verbindung zwischen ihm und dem Adoptivvater auf. Nichts bleibt von den Wirkungen der Adoption übrig, als, daß a) der Adoptivvater die Adoptivtochter auch jetzt nicht heyrathen kann, weil die Ehe gegen den Wohlstand wäre. b) Wenn ich einen Unmündigen arrogirt habe, und ihn ohne hinlängliche Ursache wieder emancipire, so muß ich ihm den vierten Theil meines Vermögens abtreten (§. 145.).

Ist hingegen die Rede von leiblichen Kindern, so ist entweder die Frage: was wirkt die Erlöschung der väterlichen Gewalt, auf Seiten des Vaters, oder: was wirkt sie auf Seiten der Kinder? Wenn die erste dieser Fragen aufgeworfen wird, so will man entweder wissen, wie geht es mit den Rechten der väterlichen Gewalt? oder man fragt: was geschieht mit dem Erbrecht des Vaters?

Die Rechte der väterlichen Gewalt hören natürlicher Weise auf, sobald ihr Fundament weggenommen wird. Nur in dem Fall, wenn der Vater ein

Kind freywillig emancipirt, behält er lebenslang die Hälfte von dem Nießbrauch der Adventitien (§. 433.).

Das Erbrecht des Vaters hingegen geht nicht verlohren. Bey der alten Emancipation wurde der Sohn gleichsam als Freygelassener des Vaters angesehen, und daher erbte ihn auch der Vater, so gut wie ein Patron seinen Freygelassenen. Aber auch die Anastasianische und Justinianeische Emancipation heben das Erbrecht des Vaters nicht auf. Eben so wenig verliert er dasselbe, wenn die väterliche Gewalt auf andere Weise aufhört. Nur a) in dem Fall, wenn die väterliche Gewalt durch die Capitisdeminution zu Grunde geht, fällt das Erbrecht weg. Denn wird der Vater ein Sklave, oder kommt in das Exilium, so verliert er sein Erbrecht, da nur ein Bürger einen Bürger erben kann. Leidet hingegen der Sohn eine solche Capitisdeminution, so verliert er sein Vermögen, folglich ist nichts zu erben da. Indessen ist in diesen Fällen nicht die Dissolution der väterlichen Gewalt, sondern der Verlust der Freyheit oder des Bürgerrechts die Ursache von dem Verlust des Successionsrechtes. b) Wenn ich mein Kind einem Ascendenten zu adoptiren gebe, so verliere ich das Erbrecht in seinem Vermögen. Ob übrigens dieser Satz auch noch nach dem Novellenrecht wahr sey, ist bestritten. Die richtigere Meynung ist, daß er nach diesem Recht wegfalle, und daß in diesem Fall der Adoptiv- und leibliche Vater zusammen erben. Denn das Kind, das ich einem zu adoptiren gebe, bleibt doch ein Cognat von mir. Die Cognaten aber erben nach der 118. Novelle so gut als die Agnaten. Das Kind also erbt mich; ist aber dieß, so erbe ich auch das Kind.

§. 162. Fortsetzung.

Wenn gefragt wird, was ist die Wirkung von der Beendigung der väterlichen Gewalt auf Seiten der Kinder, so ist entweder die Frage: welche Veränderung geht mit ihrem Zustande vor; oder man fragt: was hat dieser Umstand auf ihr Erbrecht für Wirkung?

Was den Zustand der Kinder betrifft, so werden sie nur homines sui iuris, patres familias. Ausnahmen dieser Regel sind 1) wenn Kinder nicht in der Gewalt des Vaters, sondern Großvaters oder Urgroßvaters waren. Denn wenn sich dessen väterliche Gewalt durch den Tod oder Capitisdeminution, oder zur Strafe endigt, so fallen die Kinder zuweilen in eine andere väterliche Gewalt zurück (§. 153.). 2) Wenn die Kinder in eine volle Adoption gegeben werden; denn nun kommen sie in die Gewalt des Adoptivvaters.

Ist von dem Erbrecht der Kinder die Rede, so bemerke man: 1) in einigen Fällen verlieren sie dasselbe ganz, 2) in andern verlieren sie nur das ius sui heredis, 3) in andern auch dieses nicht.

Das erste geschieht, wenn sie plene adoptirt werden. Sie erben alsdann nach dem Recht des Codex vom leiblichen Vater nichts mehr. Nach der 118. Novelle aber ist zu behaupten, daß sie allerdings auch dem leiblichen Vater succediren (§. 161.).

Das zweyte trägt sich zu, wenn die Kinder emancipirt werden (*1), oder der Vater zur Strafe seine Gewalt verliert.

Das dritte endlich findet sich, wenn die väterliche Gewalt durch eine Würde aufgehoben wird. Ich halte dieß wenigstens für die richtigere Meynung, weil Justinian in der Novelle 81. cap. 2. verordnet, daß Kinder in diesem Falle gar nichts von ihren Rechten verlieren sollen (*2).

(1) Nach den ältern Gesetzen war dieß anders, denn die alte Emancipation brachte die Kinder in eine Art von Sklaverey. Sie war zwar nur fingirt (imaginaria servitus), indessen hatte sie doch rechtliche Wirkungen. Denn sie hob die Familien- und Agnationsrechte auf. Ein Emancipirter wurde nicht mehr als ein Mitglied der Familie, als ein Agnat angesehen, erbte daher weder seinen Vater, noch jemand aus der Familie. Auch die obligationes stricti iuris wurden durch die Emancipation zernichtet; das heißt, wenn ein filius familias durch ein feyerliches Versprechen (verba solennia) sich zu etwas verbindlich gemacht hatte, und emancipirt wurde: so hörte seine Verbindlichkeit auf. Eine gleiche Wirkung hatte die Anastasianische Emancipation, doch behielt der Emancipirte das Successionsrecht in dem Vermögen seiner Geschwister, welche in der väterlichen Gewalt geblieben waren. Auch konnte der Vater es bey dem Kayser mit erbitten, daß dem emancipirten Kinde die Familienrechte bleiben sollten. L. 11. C. de legit. hered. (VI. 58.). Nach Justinians Verordnung in der Nov. 118. cap. 1. behalten die emancipirten Kinder ihr Erbrecht. Doch verlieren sie das ius sui heredis; das heißt, sie sind nicht mehr ipso iure Erben ihres Vaters, sondern müssen die Erbschaft durch die Antretung erwerben. *Ge. Lud. Boehmer* diss. de descrimine suorum et emancipatorum in successione ab intestato, §. 2. sqq. elect. iur. civ. T. I. p. 251. *Ioh. Christ. Koch* de successione ab intestato, §. 6. und es ist ein Irrthum, den viele Juristen, z. E. *Förster* de successione ab intestato, L. 8. cap. 9. n. 6. *Stryk* de success. ab intestato, diss. 1. cap. 2. *Hellfeld* iurisprud. forensi, lib. 1. tit. 7. §. 261. hegen, daß auch die emancipirten Kinder nach dem Recht der Novellen sui heredes seyen.

(2) *Berger* Oec. iuris p. 116. edit. noviss. *I. H. Boehmer* diss. cit. de statu liberor. sui iur. factor. cap. 1. §. 17. Exerc. ad Pand. tom. I. p. 929. Anderer Meynung ist *G. L. Boehmer* l. c. §. 8. p. 146. sqq.

§. 163. Deutsches Recht.

Die väterliche Gewalt hört 1) heutzutage, wie sich von selbst versteht, durch den Tod auf.

2) Die Beendigung durch Capitisdeminution kommt bey uns sehr selten vor; denn ob wir gleich Sklaven haben: so trägt sich doch kein Fall zu, daß ein freyer Mensch und ein deutscher Bürger ein Sklave würde. Er kann in

türkische Sklaverey fallen, aber wir sehen ihn darum doch nicht als Sklaven an. Wird jemand ein Leibeigener, so verliert er die väterliche Gewalt nicht; denn diese hat auch ein Leibeigener wenigstens in gewisser Maaße (§. 112.). Auch die Landesverweisung löset bey uns die väterliche Gewalt nicht auf (*1). Der einzige Fall also bleibt bey der Reichsacht übrig. Wenn jemand in die Reichsacht erklärt wird, so verliert er alle seine Rechte, und folglich auch die väterliche Gewalt (§. 192.).

3) Würden und Aemter befreyen heutigestages nicht von der väterlichen Gewalt, und wenn es auch die höchsten und ansehnlichsten wären. Dieß halte ich wenigstens für die richtigere Meynung, und glaube daher, daß es ganz unnöthig ist zu untersuchen, welche heutigen Aemter mit den Römischen (§. 155.) zu vergleichen seyen; auch daß die vormals sehr bestrittene Frage, ob die Doctorwürde von der väterlichen Gewalt befreye, leicht zu beantworten ist (*2). Wenn übrigens der Sohn, indem er ein öffentliches Amt erhält, auch sich von der väterlichen Oeconomie separirt: so geht er aus der väterlichen Gewalt; die Ursache liegt aber nicht in dem Amt, sondern in der Separation.

4) Die Emancipation ist nicht abgeschafft, wie Thomasius (*3) behauptet. Man hat Beyspiele, daß sie durch ein landesherrliches Rescript sowohl, als vor der Obrigkeit geschiehet (*4). Indessen ist sie doch selten, weil die Kinder durch Separation von der väterlichen Familie, und die Töchter insonderheit durch das Heyrathen aus der väterlichen Gewalt gehen (*5). Es fragt sich nun, was heißt das: ein Kind separirt sich von der väterlichen Oeconomie? Meines Erachtens heißt es soviel: das Kind giebt durch Worte oder andere Handlungen zu erkennen, daß es für sich, unabhängig vom Vater leben, und nicht wieder in die väterliche Familie als Haussohn oder Haustochter zurück zu kehren willens sey (*6). Wenn nemlich a) der Sohn sich vom Vater mit dessen ausdrücklicher oder stillschweigender Erlaubniß gänzlich separirt: so wird er von der väterlichen Gewalt frey. Ein gleiches ist b) Rechtens, wenn die unverheyrathete Tochter sich vom Vater völlig separirt, wiewohl der Fall selten ist (*7); oder c) wenn sie heyrathet (*8). Hingegen hat d) die Verheyrathung des Sohnes allein (nach der richtigern Meynung) diese Wirkung nicht (*9).

5) Diese Befreyung von der väterlichen Gewalt hebt zwar das Erbrecht nicht auf, aber doch das ius sui heredis (*10).

6) Wenn die Kinder durch Separation oder Verheyrathung aus der väterlichen Gewalt gehen: so fällt der Nießbrauch über ihre Adventitien ganz weg. Dieß ist wenigstens die richtigere Meynung (*11). Denn diese Be-

freyung ist eine Wohlthat der Gesetze, nicht des Vaters. Der Vater kann also keine Belohnung dafür fordern.

7) Einige nennen die Befreyung der Kinder von der väterlichen Gewalt durch Heyrath eine stillschweigende oder Quasi-Emancipation. Die Benennungen sind aber unschicklich. Denn Emancipation erfordert eine Erklärung des Vaters, und zwar eine ausdrückliche. Hier aber ist schlechterdings keine Erklärung des Vaters nöthig, sondern die Befreyung von der väterlichen Gewalt geschieht ipso iure, wenn der Vater in die Separation oder Heyrath williget, und in diese muß er willigen, wenn er keine gerechte Ursache hat, seinen Consens zu verweigern (*12).

(1) *Lauterbach* coll. th. pr. lib. 1. tit. 7. §. 22. — Die Fälle, wo der Vater a) seine väterliche Gewalt zur Strafe verliert (§. 159.) oder b) gezwungen werden kann, die Kinder zu emancipiren (§. 160.), haben auch bey uns eben diese Wirkung, weil hier der Anwendung des Römischen Rechts kein zureichender Grund entgegen steht. W.

(2) *Harpprecht* diss. de separatione liberorum ab oeconomia paterna (in diss. academ. vol. 1. n. 3.) n. 151. *Wernher* observ. ad *Boehmer*. tit. de adopt. §. 10. *Thomas*. not. ad Inst. h. t. p. 71. *Emminghaus* ad *Coccii* tit. de adopt. Qu. 11.

(3) Diss. de usu pract. tit. I. quibus mod. ius p. p. solvitur §. 5. et in diss. de quasi emancipatione Germanorum. §. 25. sqq.

(4) *Wernher* part. 1. obs. 9. pag. 11. *Heimburg* diss. cit. §. 65. sqq. *Ludolf* tom. 2. obs. 165. Moser Staatsrecht 22. Theil. Seite 431. *Müller* ad *Leyser* tom. 1. obs. 101.

(5) Man sehe von dieser Materie *Ferd. Christ. Harpprecht* diss. cit.

(6) Dieß halte ich für die einzige richtige Vorstellungsart, wiewohl ich weiß, daß sie nicht die gangbare ist. Handlungen, woraus man die Absicht, sich von der väterlichen Oeconomie zu trennen, schließen kann, sind: wenn sich ein Sohn häuslich niederläßt, und vom Seinigen lebt. Daß aber diese Facta schlechterdings erforderlich seyn sollten, um behaupten zu können, ein Sohn sey separiret, dieß läßt sich meines Erachtens nicht vertheidigen. — Vergl. hierbey, und bey diesem §. überhaupt Glück Erläuter. der Pandekt. 2. Th. §. 161. Danz Handb. des heut. Deutsch. Privatr. VII. 620. von Globig über die Gründe und Grenzen der väterlichen Gewalt. Dresden 1789. pag. 105 ꝛc.

(7) *Harpprecht* thes. 19. n. 101.

(8) *Pufendorf* tom. 1. obs. 99. Ob die Verheyrathung der Töchter bey den Römern eine Dissolution der väterlichen Gewalt nach sich gezogen habe, untersucht *D'Arnaud* in var. coniecturis, pag. 194.

(9) *Heimburg* l. c. §. 79. *Stryk* ad *Lauterb.* tit. de adopt. verb. *matrimonium*.

(10) Dieß wird in der Folge §. 538. näher gezeigt werden.

(11) Anderer Meynung ist *Leyser* sp. 164. m. 5. Allein man sehe Hombergk am a. O. *Stryk* in U. M. tit. de adopt. §. 26. *Berger* l. c. *Renz* diss. cit. §. 34. *Pufendorf* tom. 1. obs. 98. §. 17. p. 270. Cramer Nebenstunden 81. Theil. 7. Stück. S. 141. *Müller* ad *Leyser* l. c. — Wie aber, wenn der

Vater heutiges Tags ein Kind ausdrücklich emancipirte, könnte er alsdann den Nießbrauch von der Hälfte der Adve[illegible] verlangen? Insgemein wird dies bejahet. Man s. *Berger* O. I. lib. [illegible] th. 33. not. 9. *Barth* diss. de emancipat. Saxon. §. 8. allein ich zweif[illegible]an sehr. Denn auch die ausdrückliche Emancipation ist keine Wohlthat des Vaters mehr, da sich ein Kind durch Separation von der väterlichen Gewalt gegen des Vaters Willen befreyen kann. Ein listiger Vater könnte auf diese Weise sein Kind in der Absicht emancipiren, um den halben Nießbrauch zu behalten. W.

(12) *Go. Frid. Kraus.* diss. de diff. emancipationis tacitae ac germanicae. Viteb. 1759. Weber Versuche über das Civilrecht ꝛc. I. 60. Daß übrigens nicht in allen deutschen Provinzen jene Befreyungsart von der väterlichen Gewalt Statt finde, zeigt *Schütze* diss. de originibus et fatis doctrinae de egressu liberorum ex potestate parentum (Goett. 1796.) §. 26. sqq.

§. 164. Von der Abfindung der Kinder.

Um die Streitigkeiten abzuschneiden, die in dem Falle, wenn Kinder aus verschiedenen Ehen erben wollen, oft entstehen, und zu verhindern, daß die Kinder erster Ehe nicht durch die Stiefeltern verkürzt werden, hat man an einigen Orten in Deutschland die **Absonderung der Kinder, Abtheilung, Abfindung, Schichtung** eingeführt. Eltern, die zur zweyten Ehe schreiten wollen, treten den Kindern erster Ehe einen Theil ihres Vermögens ab, der entweder durch Verträge, oder die Obrigkeit bestimmt wird. Die Wirkung davon ist, a) daß die Kinder Eigenthümer dieses abgetretenen Vermögens werden; b) daß sie Vormünder bekommen; c) daß die Kinder zweyter Ehe das übrige Vermögen allein erben, und d) die abgefundenen Kinder nur alsdann darin succediren, wenn aus zweyter Ehe keine Kinder gebohren werden (*1). Hingegen e) die väterliche Gewalt wird durch die Abfindung nicht aufgehoben (*2).

(1) *Melch. Dethmar. Grolmann.* diss. de separatione liberorum per elocationem et divisionem. Giss. 1711. *Io. Georg. Buinekau* diss. de separatione liberorum. Goetting 1752. *Mev.* ad ius Lubec. P. 2. tit. 2. artic. 2. et 3. *Stryk* de success. ab intest. diss. 1. cap. 4. § 23. sqq. *Hert.* vol. 1. resp. 195.

(2) *Buinekau* diss. cit. §. 9. *G. L. Boehmer* diss. cit. de discrim. suorum et emancipatorum §. 17.

TIT. XIII.

DE TUTELIS.

§. 165. Eintheilung der Menschen, welche sui iuris sind.

Im Familienzustande sind die Menschen entweder ihre eigene Herren, oder nicht (sui iuris oder alieni iuris); die letzteren sind entweder Sklaven, oder filii familias. Von beyden ist in den vorhergehenden Titeln gehandelt. Wir gehen nun zu den Menschen, welche sui iuris oder patres familias sind,

und diese sind von dreyerley Art. Einige stehen unter der Tutel, andere unter der Curatel, andere unter [illegible] Aufsicht (neutro iure tenentur).

§. 166. Von den zweyerley [illegible]en der Tutel nach altem Römischen Recht.

Das Wohl des Staats erfordert, daß seine Mitglieder, welche sich selbst vorzustehen, und ihr Vermögen zu verwalten nicht im Stande sind, einen Beystand bekommen, der die Aufsicht über ihre Person und Güter führt. Als solche Personen wurden nach dem alten Römischen Recht angesehen, 1) alle **Weibspersonen** lebenslang; 2) die **unmündigen Manspersonen**. Daher standen die Weibspersonen unter einer beständigen Tutel: nemlich so lange sie unmündig waren, unter der **pupillarischen**; sobald sie mündig wurden, unter der **Weibertutel**. Die Mannspersonen hatten Vormünder, bis sie mündig wurden. Die beständige Tutel der Weibspersonen aber kam in neuern Zeiten, ungefähr im dritten Jahrhundert unsrer Zeitrechnung ab; genau läßt sich die Epoche nicht bestimmen (*1). Nach neuem Römischen Recht also stehen nur Unmündige, das heißt, Mannspersonen, welche noch nicht 14 Jahre haben, und Mädchen, die noch nicht 12 Jahr alt sind, unter der Tutel; von der **beständigen Weibertutel** kommt in unsern Justinianeischen Gesetzbüchern nichts mehr vor.

(1) *Everh. Otto* diss. de perpetua feminarum tutela cap. 1. §. 24. in diss. iur. publici et privati. p. 227. sqq.

§. 167. Erklärung der pupillarischen Tutel.

Was ist also die pupillarische Tutel? Unser Lehrb[illegible] hat zwey Definitionen, eine gesetzliche und eine doctrinale, bessere. Diese letztere heißt: **die Tutel ist ein öffentliches, persönliches *munus*, vermöge dessen jemand Unmündige, die *sui iuris* sind, erziehen, und ihr Vermögen verwalten muß.** Zum Verstande dieser Definition bemerke man: 1) Munus publicum heißt im Römischen Recht eine Beschwerde, eine Pflicht, die ein Bürger zum Besten des Staats übernehmen muß. Besteht diese Beschwerde in einer Abgabe, so heißt sie munus publicum *reale*, oder *patrimonii*, oder *patrimoniale*; ist sie hingegen ein Dienst, eine Beschäftigung, so heißt sie munus publicum *personale*. Die munera personalia zwecken entweder direct und unmittelbar auf das Beste des Staates ab, oder sie gehen unmittelbar auf den Nutzen einzelner Bürger; dem Staate sind sie nur indirect nützlich. Von der ersten Art sind z. E. die öffentlichen Aemter, welche ein jeder Bürger zu übernehmen schuldig ist; defensio civitatis (das Syndicat), cura annonae, praediorum publicorum, aquaeductuum und viele andere. Zu der letzten Art gehört tutela und cura. Man nennt diese auch daher munera *auctoritate publica*, *utilitate privata* (*1). 2) Das munus eines tutoris besteht in zwey Stücken: a) in der Erziehung eines Unmündigen, oder

oder einer Unmündigen, und b) in der Verwaltung ihres Vermögens. Genauer wird diese doppelte Pflicht im 21ten Titel dieses Buches beschrieben werden. 3) Die Unmündigen, welche unter der Tutel stehen, heißen Pupillen, **Pflegbefohlne, Mündel.** 4) Die Tutel ist also unterschieden von der **Curatel eines Minderjährigen.** Wenn nemlich ein Mensch mündig, aber noch nicht majorenn, nicht 25 Jahr alt ist, und sein Vermögen von einem andern verwaltet wird; so heißt dieser **Curator.** Im Deutschen benennt man beyde mit dem allgemeinen Namen **Vormund.**

Die gesetzliche Definition steht im §. 1. Inst. h. t. Tutela est vis et potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter aetatem se defendere nequit, iure civili data et permissa. Der Verfasser ist Servius Sulpicius. Es ist viel darüber geschrieben worden (*[2]). Die Tutel soll *vis et potestas* seyn. In diesen Worten sucht man mancherley Geheimnisse, an welche Servius wohl nie gedacht hat. Er hat vermuthlich nichts damit sagen wollen, als: der Vormund hat das Recht, die Handlungen des Pupillen zu lenken. *In capite libero.* Ob diese Worte auf den Tutor oder Pupillen gehen, ist bestritten. Ich halte dafür, daß der Pupill darunter zu verstehen sey (*[3]). *Iure civili data et permissa.* Einige suchen in diesen Worten die Gattungen der Tutel, die testamentariam, legitimam und dativam; sind aber wieder verschiedener Meynung, wenn die Frage ist, welche von diesen Tutelen iure civili data, und welche nur permissa sey. Andere sagen, einem Tutor ist seine Gewalt von den Gesetzen ertheilt (data), aber auch bestimmt und eingeschränkt (permissa). Ich glaube, daß Servius weiter nichts ausdrücken wollte, als: das Recht des Vormundes gründet sich in den Gesetzen. Blos um die Periode zu runden, soni, non sensus causa, wie Hamberger sagt, braucht er zwey Worte, wo Eins hinreichend gewesen wäre.

(1) Modestinus sagt in der L. 6 §. 15. D. de excusat. die Tutel sey kein munus *reipublicae*, sondern *civile*. L. 1. D de muner. et honor. muß hierbey nachgelesen werden. Eine ausführliche Erklärung dieser Stelle giebt *Ios. Finestres* in commentar. ad Hermogenian. tom. 1. p 369. sqq Der Römische Tutor bekam auch keinen Gehalt für seine Bemühung. L 38. D. *de negot. gest.* L 58. D *de administr. et peric. tutor.* vergl. jedoch L. 33 ibid. In Deutschland aber kann er dergleichen, wenn es die Vermögensumstände des Pupillen zulassen, fordern. *Bernh. Lud. Mollenbec.* diss. de salario tutorum et curatorum, Giss. 1704. — Runde Grundf. des gem. Deutsch. Privatr. §. 630. Schmidt von Klag. u. Einred. §. 1105.

(2) Man f *Maran.* paratit. tit. de testam. tut. in opp. p. 428. *Ev. Otto* in vita Serv. Sulpicii cap. 6. § 4. in Eiusd. thesaur. tom. 5. p. 1589. *Gebauer* programm. cit in eiusdem. Exercit. vol. 2. n. 26. *Toullieu* diss. de auctoritate curatorum aetatis, in collectan. n. 8. p. 279. sqq. *Christ. Wagner* lib.

sing. de genuino definitionis tutelae intellectu. Lips. 1742. *Laur. Andr. Hamberger* opusc. p. 290. sqq.

(3) *Wiesand* opusc. p. 7. sqq. — Man hat zwar die Grammatik zu Hülfe genommen, um dieß zu bestreiten, da es in dieser Beziehung heißen müßte: in caput *liberum*. Allein den Römischen Rechtsgelehrten wenigstens war eine solche Abweichung von der sonstigen Regel des Ausdrucks nicht ungewöhnlich, z. B pecunia in *usu aliquo* accepta L. 4. §. 4. D. *ad Leg. Iul. peculatus.* — In hostium *potestate* venire, L. 12. D. *qui test. fac. poss.* u. d. m. *Walch* in not. ad Eckhard hermeneut. iur. I. 3. 104. W.

§. 168. Drey Gattungen der Tutel, in Rücksicht auf deren Fundament.

Die Tutel ist, wenn man auf ihr Fundament siehet, dreyerley: testamentaria, legitima und dativa. Wenn die väterlichen Ascendenten, Vater, Großvater ꝛc. im Testament einen Vormund ernennen, so heißt er *tutor testamentarius*, seine Vormundschaft *tutela testamentaria.* Uebernehmen die nächsten Verwandten des Unmündigen die Tutel, so heißen sie *tutores legitimi*. Giebt endlich die Obrigkeit einen Vormund, so wird er *tutor dativus* genannt. Die testamentaria geht allen andern vor. Wenn der Vater, Großvater ꝛc. im Testament einen Vormund ernannt hat: so haben die Verwandten weder ein Recht, noch eine Verbindlichkeit zur Tutel. Die legitima schließt die dativam aus; das heißt, so lange sich noch Anverwandte des Pupillen finden, welche zur Vormundschaft tüchtig sind, kann die Obrigkeit keinen Fremden zum Vormund bestellen.

Zweyerley habe ich noch anzumerken: 1) man findet bey Ulpian (*1) von einer *tutela cessitia* Nachricht. Er versteht darunter eine Tutel, die ein Anverwandter dem andern abgetreten hat. Also nur die tutela *legitima* konnte abgetreten werden. Das Claudische Gesetz schaffte aber diese Abtretung der pupillarischen Tutel ab, und erlaubte sie nur bey der beständigen Weibertutel (*2). Da die Weibertutel abkam, so fiel auch die cessitia weg. 2) Kennt nicht das Römische Recht ausser der tutela testamentaria, legitima und dativa auch die *pactitiam*? Ueber diese Frage ist in den neuern Zeiten Streit geführt worden (*3). Die richtigere Meynung ist, daß das Römische Recht nichts von der tutela pactitia wisse. Die Stellen, worin man diese Tutel hat finden wollen, sind §. 9. Inst de excus. tutor. und L. 15. §. 1. D. eod. Darin heißt es: ein Vormund könne sich nicht excusiren, wenn er dem Vater des Pupillen versprochen habe, daß er sich seiner Excusation nicht bedienen wolle. Diese Stellen setzen also voraus, daß der Vormund schon durch ein Testament, oder durch die Gesetze unmittelbar zur Tutel verpflichtet, schon tutor testamentarius oder legitimus war. Der Grund seiner Vormundschaft war folglich nicht sein Vertrag mit dem Vater; und tutela

pactitia kann doch wohl keine Tutel heißen, als deren Grund in einem Vertrage liegt (*[4]).

(1) *Ulpian* tit. 11. §. 7. 8.

(2) *Christ. Guil. Küstner* diss. de tutela cessitia. Lips. 1745. 4.

(3) Die Geschichte dieses Streites findet man in den Hallischen Beyträgen zur jurist. gelehrten Historie 1. Theil 131. u. f. S. doch fehlen dort einige der neuesten Schriften, nemlich *Lud. Henr. Schmid* de tutela pactitia iure rom. incognita. Alton. 1743 *H. G. van Vryhof* observat. iur. civ. cap. 9 *Io Gottl. Heineccii* opusculum de tutela pactitia. Lips. 1765. 4. — — Die Anordnung, daß ein freyer Mensch der Gewalt eines andern unterworfen wird, kann nach Römischen Rechten nur vermöge der höchsten Staatsgewalt geschehen. Daher auch nicht einmal die Obrigkeit als solche dies Recht hat. Vormünder erhält Jemand a) durch das Gesetz, b) durch Testamente, die als Gesetze – instar legis – gelten, und hier sogar den Vorzug haben, c) von der Obrigkeit, welche durch besondere Concession die Befugniß dazu erhalten hat. W.

(4) S. *Müller* ad *Leyser* obs 587.

§. 169. Wer kann Vormund werden?

Weil die Tutel ein persönliches munus ist: so kann der Regel nach nur derjenige Vormund werden, der zu öffentlichen Aemtern überhaupt fähig ist, und den keine besondere Vorschriften der Gesetze von diesem Amte ausschließen (§. 245.). 1) Ein filius familias kann Vormund werden; denn er ist ein freyer Mensch, und hat in Rücksicht auf den Staat alle Rechte und Pflichten eines Bürgers. Hingegen 2) ein Sklav, ein Fremder, eine Weibsperson können keine Tutelen übernehmen. Denn ein Sklav und Fremder haben die Rechte und Pflichten der Bürger nicht; und einer Weibsperson trauen die Gesetze die zur Tutel erforderliche Geschicklichkeit, Ueberlegung und Klugheit nicht zu (*[1]). Doch sind Mutter und Großmutter ausgenommen (*[2]). Sie können nicht allein Vormünderinnen werden, sondern gehen auch andern Verwandten in der Vormundschaft vor. Man glaubt, daß das, was ihnen als Weibsperson an der erforderlichen Geschicklichkeit fehle, durch die vorzügliche Liebe zu ihren Kindern und Enkeln hinlänglich ersetzt werde. Nur müssen sie im Wittwenstande bleiben (*). Denn sobald sie zur zweyten Ehe schreiten, verlieren sie die Vormundschaft, weil man fürchtet, daß sie mehr Liebe für den zweyten Ehemann, und die Kinder zweyter Ehe, als für ihre Kinder oder Enkel erster Ehe hegen mögen (*[3]). Nach den Römischen Gesetzen verliert die Mutter, wenn sie zur zweyten Ehe schreitet, sogar das Recht, die Kinder zu erziehen. Dieß wird aber in Deutschland, wo nicht ganz besondere Gründe gegen die Mutter eintreten, nicht beobachtet (*[4]).

(1) *Finestres* ad Hermogenian. p 544. sqq.

(2) *Leyser* sp. 331. med. 4. glaubt, es könnten auch andere Verwandtinnen, z. E. Schwestern und Tanten zur Vormundschaft gelassen werden. Allein die Nov. 118. cap. 5. sagt ausdrücklich: *his solis* (der Mutter und Großmut-

ter) tutelam subire permittimus. Strube rechtl. Bed. 2. B. 126 Bed. *Müller* ad *Leyser* l. c.

(*) Nov. 118. cap. 5. erfordert von der Mutter und Großmutter bey Uebernahme der Vormundschaft die gerichtliche Erklärung, daß sie keine anderweitige Verheyrathung schließen, und auf das SCtum Vellejanum, welches Bürgschaften der Frauenspersonen für ungültig erklärt, Verzicht leisten wollen. Das letztere ist darum nöthig, weil es dem Pupillen oft zum Nutzen gereichen kann, wenn sein Vormund sich für ihn verbürgt. W.

(3) Ob aber der Stiefvater zum Vormund über die Stiefkinder bestellt werden könne, ist streitig. Wenn er als ein rechtschaffner Mann bekannt ist, und die Verwandten nichts gegen ihn mit Grund einzuwenden haben, so gehet dieß allerdings an. *Ern. Mart. Chladenii* diss. de vitrico tutore privigni minus suspecto (Viteb. 1761) §. 8.

(4) *Stryk* us. mod. lib. 27. Tit. 2. §. 2. *Ott. Lud. ab Eichmann* diss. sistens vindicias doctrinae de cauta adplicatione L. 1. C. ubi pup. educ: deb. Nov. 22. cap. 38. et cap. 57. X. de appellat. in dessen Sammlung kleiner Abhandlungen S. 202. rc.

§. 170. Fortsetzung. Die Vormünder sind in Absicht auf ihr Amt dreyerley.

Der Vormund soll den Pupillen erziehen, und sein Vermögen verwalten. 1) Wer also zur Erfüllung dieser doppelten Pflicht nicht fähig ist, der wird nicht zur Vormundschaft gelassen. Im Titel de excusationibus tutorum werden diese zur Vormundschaft Unfähigen genauer bestimmt werden. Weil aber 2) der Vormund auf mancherley Art seine Pflichten erfüllen kann: so sind die Vormünder dreyerley, entweder *gerentes*, oder *honorarii*, oder *notitiae causa dati*. Gerentes heißen die, welche unmittelbar an der Erziehung und Güter-Administration Theil nehmen; honorarii, welche nur die Oberaufsicht führen (*1), und notitiae causa dati, welche den übrigen mit ihrem Rathe beystehen sollen.

(1) Von den tutoribus honorariis sagt Ulpian L. 3. §. 2. D. de administr. et peric. tut. Nec quisquam putet, ad hoc periculum nullum redundare. Constat enim quoque excussis prius facultatibus eius, qui gesserit, conveniri oportere. Dati enim sunt *quasi observatores actus et custodes*, imputabiturque eis quandoque, cur, si male eum conversari videbant, suspectum eum non fecerunt. Assidue igitur et rationem ab eo exigere eos oportet, et sollicite curare, qualiter conversetur, et si pecunia sit, quae deponi possit, curare, ut deponatur ad praediorum comparationem.

§. 171. Wer bekommt einen Vormund?

Der Tutor wird zur Erziehung des Pupillen, und zur Güterverwaltung bestellt. Daraus folgt, 1) daß ein filius familias keinen Tutor bekommt, denn er ist in der väterlichen Gewalt; sein Vater erzieht ihn, und verwaltet sein Vermögen (*1). 2) Kein Sklave bedarf eines Tutors. Er hat kein Vermögen, und ist er noch unerzogen, so erzieht ihn sein Herr. 3) Auch ein

Fremder bekam keinen Römischen Tutor, das ist, keinen Tutor, dessen Rechte und Verbindlichkeiten nach Römischen Gesetzen beurtheilt wurden.

1) In Deutschland giebt es Fälle, wo auch ein filius familias einen Vormund bekommt. (§ 164.) — Einen Curator kann er auch nach Römischem Recht erhalten. Nov. 117. cap. 1. W.

TIT. XIV.

QUI TESTAMENTO TUTORES DARE POSSUNT.

§ 172. Einleitung zu der Lehre von der testamentarischen Tutel.

Die erste Gattung der Tutel ist also die testamentarische. Wenn ich in einem letzten Willen einem Pupillen einen Vormund setzte, so bin ich entweder ein väterlicher Ascendent, Vater, Großvater ꝛc. des Unmündigen, oder nicht. Im letzten Falle ist keine testamentarische Tutel vorhanden. Der Vormund wird zwar zuweilen von der Obrigkeit bestätigt, wenn er tüchtig ist; er ist aber doch kein testamentarischer Tutor, sondern ein *dativus*. Wenn hingegen ein väterlicher Ascendent einen Vormund ernennt, so heißt die Tutel eine testamentarische, und diese ist zweyerley, entweder eine vollkommene testamentarische (wie sie Einige nennen), oder eine unvollkommene. Nemlich entweder ernennt der Ascendent einen Vormund auf die gehörige Weise, oder nicht. Im letzten Fall hat der Vormund obrigkeitliche Bestätigung nöthig, im ersten nicht.

Die testamentarische Tutel ist also eine **Vormundschaft, welche ein väterlicher Ascendent, vermöge der väterlichen Gewalt, seinen unmündigen Kindern oder Enkeln, die nach seinem Tode** *sui iuris* **werden, auf die gehörige Weise bestellt.** Sie wird in den Gesetzen als eine den Unmündigen sehr vortheilhafte Tutel angesehen. Die Gesetzgeber glauben nemlich, ein väterlicher Ascendent werde keinen zum Vormund bestellen, den er nicht sorgfältig geprüft, und als einen ehrlichen, zur Vormundschaft tüchtigen Mann kennen gelernt hat (*¹).

(1) Schon in den Gesetzen der zwölf Tafeln ist diese Tutel gegründet. Denn sie verordnen in der fünften Tafel: pater familias uti legassit super re sua, tutelave suae rei ita ius esto; alles, was ein Hausvater über sein Vermögen oder über Vormundschaft seiner Kinder verordnet, soll gelten. Ob die Leseart tutelave *suae rei* richtig sey, ist zweifelhaft; weil es Einigen unschicklich scheint, daß die Kinder *res* seyn sollen. Sie lesen also nach Anleitung der Leg. 53 D de V. S super pecuniae tutelaeve, nach alter Art den Genitiv statt des Ablativs gesetzt. *Schulting* l. in text. cit. *Wieling* lect. iur. civil. lib. 2. cap. 17. *Io. Frid. Hertel* diss. de genuino sensu legis 120. de verb. signif. p. 22. sqq. und *Madihn* tr. de substit. pupill. §. 9. 10.

§. 173. Grundsätze bey dieser Tutel.

Die Grundsätze bey dieser Art von Vormundschaft sind also: 1) nur ein väterlicher Ascendent kann einen testamentarischen Vormund ernennen; 2) Er muß aber auch die väterliche Gewalt über den Unmündigen haben, dem er einen Vormund setzen will. 3) Nur den Kindern kann der Ascendent einen Vormund bestellen, welche nach seinem Absterben sui iuris werden. 4) Er muß es, wenn sein Wille Wirkung haben soll, auf die gehörige Weise thun.

§. 174. Die väterlichen Ascendenten allein können einen testamentarischen Vormund bestellen.

Keine Tutel heißt bey den Römern eine testamentarische, als die, welche von den väterlichen Ascendenten, dem Vater, väterlichen Großvater ꝛc. bestellt ist. Wenn also die Mutter, der mütterliche Großvater (*1), der Oheim, ein entfernterer Verwandter, oder gar ein Fremder einem Unmündigen einen Vormund im Testament ernennen: so ist es kein testamentarischer. Indessen wird er doch zuweilen von der Obrigkeit zur Vormundschaft gelassen. Wenn nemlich die ebengedachte Personen a) einen Unmündigen zum Erben ernennen, und ihm zugleich einen Vormund setzen: so muß ihn die Obrigkeit, insofern sie ihn tüchtig findet (praevia inquisitione), bestätigen, und er ist nun ein tutor dativus. Modestinus sagt (*2): wer einen Pupillen zum Erben einsetzt, und ihm einen Vormund ernennt, quasi in rem potius, quam in personam tutorem dare videtur. Er bestellt einen Vormund über das Vermögen, das er dem Unmündigen hinterläßt, und wie kann man ihm das wehren? (*3) Wollte hingegen b) einer, der kein väterlicher Ascendent ist, einem Pupillen, den er nicht zum Erben einsetzt, einen Vormund ernennen: so würde die Obrigkeit nicht verbunden seyn, eine Untersuchung anzustellen, und den Vormund zu bestätigen, wenn auch nichts gegen ihn zu erinnern wäre (*4).

(1) *Richerz* diss. var. quaest. circa testamentum avi materni, (Giss. 1775.) §. 5.
(2) L. 4. D. h. t.
(3) *Vinn.* ad § 4 I. h t.
(4) Findet indessen die Obrigkeit einen solchen Vormund tüchtig, und will ihn bestätigen, so ist es ihr, wie natürlich, erlaubt; und so ist L. 4. C. de test. tut. (V. 28) zu verstehen, wo es heißt: mater testamento filiis tutores dare non potest, nisi eos heredes instituerit. Quando autem eos heredes *non* instituerit, *solet* et voluntate defunctae datus tutor a Praesidibus confirmari. Es ist also nicht nöthig, daß man das non ausstreiche, wie Cujaz und Andere wollen. Man s. *Balk.* elect. iur. civ. p. 145. *Bynkersh.* obs. I. 17. *Marckart.* probabil. recept. lect. Part. 2. p. 104. sqq.

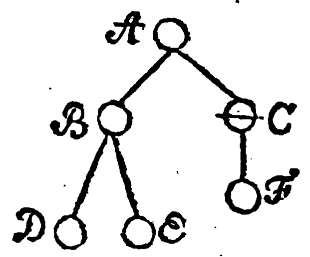
§. 175. Wem können sie einen Vormund setzen?

Das Fundament der testamentarischen Vormundschaft ist die väterliche Gewalt. Daher kann ein väterlicher Ascendent unehelichen und emancipirten

Kindern eigentlich keinen Vormund ernennen. Er hat über sie keine väterliche Gewalt. Enterben können die Ascendenten ein Kind, und ihm dennoch einen Vormund geben; denn durch die Enterbung wird die väterliche Gewalt nicht aufgehoben, wie wir oben gesehen haben. Man wird zwar einwenden: Vormundschaft setzt einen Unmündigen, Enterbung hingegen eine große Bosheit voraus. Wie kann man also ein unmündiges Kind enterben? Allein der Fall könnte doch wohl vorkommen, daß ein Mensch im zwölften, dreyzehnten Jahr schon so böse Streiche verübte, daß er die Enterbung verdiente. Auch giebt es eine Enterbung, die nicht aus feindlichen Absichten geschieht (§. 535.), und die bey einem Unmündigen Statt finden kann.

§ 176. Fortsetzung.

Die Vormundschaft setzt einen Unmündigen voraus, welcher sui iuris ist. Der Großvater kann also den Enkeln, die nach seinem Tode in ihres Vaters Gewalt fallen, keinen Vormund bestellen. Man denke sich nemlich den Fall,



daß der Großvater A seinen Sohn B und seine Enkel D E F noch alle in seiner väterlichen Gewalt habe. Dieser Fall konnte bey den Römern oft vorkommen, weil die Söhne, wenn sie gleich ihre eigene Haushaltung anstellten, und heyratheten, doch in der väterlichen Gewalt blieben. Kann also der Großvater A seinen Enkeln D E und F einen Vormund bestellen? Dem Enkel F kann er einen ernennen; denn dieser wird nach des Großvaters Tode ein homo sui iuris; hingegen nicht den Enkeln D und E, weil sie nach seinem Tode in ihres Vaters B Gewalt fallen.

§. 177. Wie muß der testamentarische Vormund ernannt werden?

Der väterliche Ascendent, welcher einen Vormund ernennen will, muß es auf die gehörige Art thun. Dahin gehört, 1) daß er den Vormund in einem gültigen Testament, oder in Codicillen ernenne, die im Testament bestätiget sind. Die Ursache liegt darin: wenn ich einen Vormund über meine Kinder ernenne, so will ich, daß er verbunden werde, meinen Willen zu erfüllen. Ich muß also eine solche Willenserklärung wählen, welche verbindende Kraft

hat. Von dieser Art aber sind die Testamente; denn sie wurden in den ältesten Zeiten Roms eben so wie die Gesetze in den Volksversammlungen (comitiis) errichtet, und hatten daher gesetzliches Ansehen. Ein gleiches Ansehen hatten die im Testament bestätigten Codicille; denn sie wurden als ein Theil des Testaments angesehen, und was darin verordnet ist, hat eben die Gültigkeit, als wenn es im Testament selbst verordnet wäre. Beyläufig bemerke man, daß eine Willenserklärung, worin ich einen Erben ernenne, ein Testament; eine andere Disposition aber, die nach meinem Tode befolgt werden soll, ein Codicill heiße. Wenn ich im Testament erkläre, daß auch die schon verfertigten, oder noch zu verfertigenden Codicille als ein Theil des Testaments betrachtet werden, und gelten sollen: so nennt man sie durch Testament bestätigte Codicille. Genauer wird diese Sache in den Titeln de testamentis, und de codicillis erklärt werden.

2) Wenn ich einen Vormund ernenne, so will ich, daß meine Ernennung Wirkung habe. Folglich muß ich a) einen bestellen, welcher fähig ist, die Vormundschaft zu übernehmen. Bestelle ich einen, der physisch unfähig dazu ist, z. B. einen Blödsinnigen, oder der es nach den Gesetzen nicht werden kann, z. B. einen Soldaten: so ist die Ernennung ohne Kraft. Ich muß b) meinen Willen bestimmt ausdrücken, so daß man weiß, wen ich gemeynt habe, und keine Ungewißheit übrig bleibt. Wenn ich also, wie jener Vater bey Leyser (*1) erklärt hätte, daß meinen Kindern verschwiegene, ehrsame, und wohl angesessene *tutores* gegeben werden sollten: so ist die Erklärung so gut, als keine (*2).

(1) *Leyser* Sp. 330. med. 2.

(2) Wie aber, wenn ich einen Vormund ernannt hätte, welcher zwar, da ich ihn ernannte, ungewiß war, indessen doch bey meinem Absterben gewiß ist: z. E. wer von meinen Vettern zu der Zeit, da ich sterbe, der nächste ist, soll Vormund meiner Kinder seyn. Auch ein solcher Vormund kann nicht als ein testamentarischer angesehen werden, und hat die Vorzüge eines solchen nicht. §. 27. I. de legat. ibique *Vinn.*

§. 178. Die testamentarische Tutel ist sehr begünstigt. Folge daraus.

Da es die Römischen Gesetzgeber für sehr vortheilhaft für einen Pupillen halten, einen testamentlichen Vormund zu haben: so kann man 1) auch postumis einen Vormund bestellen, Kindern, welche zur Zeit, da man die Disposition macht, noch nicht gebohren sind. 2) Der Ascendent, welcher einen Vormund ernennen will, kann ihn, wie er will, unbedingt (pure), und unter einer Bedingung (conditionate) bestellen. Die Bedingung kann dergestalt beygefügt werden, daß der ernannte Vormund nicht eher zur Tutel gelangen soll, als bis die Condition erfüllt wird (conditio suspensiva), auch so, daß er die Vormundschaft niederlegen soll, wenn die Bedingung zur

Er-

Erfüllung gelangt (conditio resolutiva). Man kann einen Vormund auf gewisse Zeit und von einer gewissen Zeit bestellen, z. E. A. soll Vormund über meinen Sohn seyn, bis dieser zehn Jahre alt ist; nachher soll B. die Vormundschaft führen. 3) Wenn ein väterlicher Ascendent bey der Vormundsschaftsbestellung auch etwas versieht, so wird dennoch, wofern es nur thunlich ist, der Vormund von der Obrigkeit bestätiget (*1). Diese Bestätigung geschieht sogar der Regel nach ohne vorher unternommene Untersuchung über die Tüchtigkeit des Vormundes. Denn man glaubt, der Ascendent werde diese Untersuchung schon vorgenommen haben. Und ein auf diese Weise bestätigter Vormund ist kein tutor dativus, wie der, von welchem im 174. §. die Rede war, sondern ein testamentarischer (*2).

(1) Beyspiele sind: a) wenn das Testament, worin der Vormund ernannt ist, ungültig ist. b) Wenn der Vormund in Codicillen ernannt ist, die nicht in einem Testament bestätiget sind; c) wenn ich meinen emancipirten Kindern oder Enkeln einen Vormund ernenne, oder d) meinen natürlichen, das heißt, mit einer Concubine erzeugten Kindern. Nur muß ich ihnen zugleich etwas von meinem Vermögen hinterlassen; denn sonst wird auf meine Disposition nicht reflectirt. Hermogenian sagt L. 7. D. de confirm. tut. naturali filio, cui nihil relictum est, tutor frustra datur a patre; nec sine inquisitione confirmatur. Diese Stelle wird auf sehr verschiedene Art erklärt. Man s. *Finestres* ad Hermogenian. p. 532. sqq. Meiner Meynung nach will Hermogenian sagen: wenn der Vater seinem natürlichen Kinde etwas hinterläßt, und einen Vormund bestellt; so wird dieser ohne Inquisition bestätigt. Wenn der Vater hingegen dem natürlichen Kinde nichts hinterlassen hat: so ist die Obrigkeit gar nicht schuldig, den Vormund zu bestätigen.

(2) Die Frage, ob ein im Testament bestellter und von der Obrigkeit bestätigter Vormund ein testamentarischer oder dativer sey, ist nicht ohne practischen Nutzen. Ist er ein testamentarischer, so geht er dem gesetzlichen vor; ist er hingegen ein dativer, so hat der gesetzliche den Vorzug. *Stryk* interesse controv. iur. cap. 4. §. 7.

§. 179. Was ist Rechtens, wenn der testamentarische Tutor verhindert wird, oder ganz wegfällt?

1) Zuweilen wird der testamentarische Tutor verhindert, die Tutel sogleich zu übernehmen (tutela testamentaria impeditur). 2) Zuweilen fällt derselbe ganz weg, das ist, er kommt gar nicht zur Tutel, oder verliert sie (deficit tutela testamentaria). Im ersten Fall giebt die Obrigkeit einen Interims-Vormund (*1), welcher die Tutel so lange führt, bis das Hinderniß aufhört (*2).

Wie aber, wenn die testamentarische Tutel ganz wegfällt? Hier sind zwey Sätze zu bemerken. Der erste: wenn die Obrigkeit bey dem Abgang des testamentarischen Tutors mitwirkt, so giebt sie einen andern Vormund;

der zweyte: wenn sie hingegen nicht mitwirkt, so kommt der gesetzliche Tutor zur Vormundschaft (*3).

Der Grund, warum in dem einen Falle die Obrigkeit einen Tutor giebt, im andern Fall aber die tutela legitima eintritt, ist nicht in den Gesetzen, und so viel ich weiß, auch von keinem Rechtsgelehrten angezeigt. Ich glaube, daß er darin liegt: im ersten Fall (si tutor deficit concurrente magistratu) erfuhr der Römische Magistratus den Abgang des testamentarischen Tutors; er mußte daher einen andern bestellen, und zwar den tüchtigsten, nicht nothwendig den nächsten Verwandten; weil diesen der Vater nicht zum Vormund bestellt, und dadurch schon einigermassen verdächtig gemacht hatte. Im zweyten Fall aber (si tutor testamentarius deficit non interveniente magistratu) kommt der nächste Verwandte zur Tutel. Denn die Römischen Magistratus hatten einen ungeheuer großen Jurisdictionsbezirk, und erfuhren daher einen solchen Abgang des testamentarischen Tutors gar selten. Bey diesen Umständen war also das rathsamste, die gesetzliche Tutel eintreten zu lassen (*).

(1) Oder auch ein Curator, §. 5. I. de curat.

(2) Dahin gehört, a) wenn der Tutor erst nach einer gewissen Zeit die Vormundschaft erhalten soll, und diese Zeit bey dem Absterben des Vaters noch nicht erschienen ist (dies adhuc pendet); b) wenn der Tutor nicht eher zur Vormundschaft kommen soll, bis eine gewisse Bedingung erfüllt ist (datus est sub conditione suspensiva), und die Erfüllung noch nicht geschehen ist (conditio adhuc pendet); c) wenn der Vormund unbedingt bestellt worden ist, aber der eingesetzte Erbe die Erbschaft noch nicht angetreten hat. Denn so lange das noch nicht geschehen ist, bleibt alles aufgeschoben (in suspenso), was im Testament verordnet ist. L. 9. L. 16. pr. D. de testam. tut. Man muß sich übrigens hier folgenden Fall vorstellen: der Vater hat sein unmündiges Kind enterbt, und einen andern Erben eingesetzt, dem Kind aber dennoch einen Vormund bestellt. Der eingesetzte Erbe deliberiret, ob er die Erbschaft annehmen will. Während dieser Zeit wird von der Obrigkeit ein Tutor gegeben. Tritt hernach der Erbe die Erbschaft an: so wird die Tutel dem testamentarischen Tutor übergeben. *Vinnius* ad § 1. I. de Attil. tut. Aber wenn nun der eingesetzte Erbe die Erbschaft ausschlägt, wer erhält alsdann die Tutel? *Mynsinger* ad § 1. Inst. de Attil. tut verb. desinebat esse tutor, glaubt, der testamentarische bekomme sie. Allein *Rittersh* in comment. ad tit. de Attil. tutore p. 107 behauptet, sie falle dem gesetzlichen zu. Da ein Vormund, der in einem andern ungültigen Testament (rupto, aut imperfecto testamento) vom Vater ernannt ist, die Vormundschaft, wiewohl nach vorhergehender Bestätigung der Obrigkeit, erhält: so sollte man eben dieses auch im gegenwärtigen Fall behaupten. Ich sehe aber freylich nicht ein, wozu es bey diesen Umständen nöthig war, daß man während der Zeit, als die Erbschaft noch nicht angetreten war (iacente hereditate), einen Dativtutor bestellte. Denn die Erbschaft mochte angetreten werden, oder nicht, so kam doch allezeit der testamentarische Tutor zur Tutel. d) Gehört hieher der Fall, wenn der testamentarische Tutor in die feindliche Gefangenschaft gerathen ist. Während dieser Zeit nemlich, daß er gefangen ist,

giebt die Obrigkeit einen Vormund; und kömmt der testamentarische Vormund wieder zurück, so wird ihm die Tutel abgetreten. e) Wenn der im Testament ernannte Tutor noch minderjährig ist. Hier muß die Obrigkeit einen Tutor geben, welcher in der Zwischenzeit, bis der testamentarische Vormund majorenn wird, die Tutel führt. f) Wenn er taubstumm oder wahnsinnig ist, und man hofft, daß diese Mängel mit der Zeit gehoben werden können. Ein solcher Interimstutor wird auch gegeben, wenn der nächste tutor legitimus verhindert wird, sogleich die Tutel zu übernehmen. L. 10. §. 7. D. de excusat. L. 9. §. 1. D. de tut. et rat. distr.

(3) Zu dem ersten Satz gehören folgende Beyspiele: a) wenn der im Testament ernannte Tutor sich entschuldiget. Findet der Magistratus die Entschuldigung gegründet, so dispensirt er den ernannten Vormund von der Tutel, und giebt einen andern, wen er will, nicht gerade den nächsten Verwandten des Pflegbefohlnen. b) Wenn der testamentarische Tutor, wegen schlechter Führung der Vormundschaft, abgesetzt wird. Auch hier giebt die Obrigkeit einen andern Vormund, und zwar, wen sie will. Zum zweyten Satz gehören nachstehende Exempel: a) wenn der testamentarische Tutor stirbt, ehe er die Tutel übernommen hat, oder ehe der Pupill mündig ist. *Dan. Frid. Hoheisel* in sched. de tutore in locum testamentarii defuncti a magistratu dando, Hal. 1736. meynt, Ulpian und Paulus, welche diesen Satz in der L. 11. de testam. tut. und L. 6. de legit. tut. behaupten, hätten sich geirret. Seltsam, daß Hoheisel die Sache besser versteht, als Ulpian und Paulus! b) Wenn die Zeit, auf welche der Vormund ernannt war, verflossen ist (dies, in quem tutor datus, venit. c) Wenn der Vormund nur bis zur Existenz einer gewissen Bedingung die Vormundschaft führen soll, z. E. so lange, bis er heyrathet, und diese Bedingung existirt (conditio resolutiva existit). In allen diesen Fällen übernimmt der gesetzliche Vormund (tutor legitimus) die Tutel.

(*) Man kann auch noch folgenden Grund aus der vermuthlichen Absicht des Vaters hernehmen. Die Fälle, wo die Tutel ohne Mitwirkung der Obrigkeit aufhört, sind entweder die gewöhnlichen Arten ihrer Aufhebung, die der Vater sich desto leichter als möglich denken konnte; oder er hat auch selbst die Dauer der Vormundschaft eingeschränkt. In beider Rücksicht ist zu vermuthen, daß er es alsdann bey der gesetzlichen Anordnung bewenden lassen wolle, da er auf diese Fälle keinen andern Vormund ernannt hat. W.

§. 180. Deutsches Recht.

In Deutschland sollen nach der Vorschrift der beyden angeführten Polizeyordnungen alle Vormünder von der Obrigkeit bestätiget werden. Wenn also gleich ein Vormund im Testament von dem Vater auf die gültigste Weise bestellt ist, so muß er dennoch die obrigkeitliche Bestätigung suchen, und alles, was ein Vormund thut, ehe er bestätigt ist, gilt nicht (*[1]). Man schließe aber daraus nicht, wie Einige gethan haben, daß heutiges Tages aller Unterschied zwischen vollkommen und unvollkommen testamentarischen Vormündern wegfalle, und der gegenwärtige Titel keinen practischen Nutzen mehr habe. Diese Folge wäre irrig, wie ich §. 185. zeigen werde.

(1) *Boehmer consult. et decis.* vol. 1. resp. 549. n. 9. wenn nicht etwas vorfällt; das sogleich besorgt werden muß, und ohne Gefahr nicht verschoben werden kann. *Lauterbach* colleg. tit. de administr. et peric. tut. §. 5.

TIT. XV.
DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

§. 181. Fälle, wo die gesetzliche Tutel eintritt.

Wenn a) kein Tutor, oder b) kein gehörig bestimmter im Testament ernannt, oder c) der Ernannte ganz unfähig ist (§. 177.), oder d) ohne Mitwirkung der Obrigkeit (§. 179.) abgehet: so kommen gewisse Personen zur Tutel, welche die Gesetze selbst dazu rufen, und diese heißen *tutores legitimi*, gesetzliche Vormünder.

§. 182. Was ist die gesetzliche Tutel?

Gesetzliche Tutel, *tutela legitima*, im weitläuftigen Verstande heißt jede Tutel, die von den Gesetzen gewissen Personen unmittelbar übertragen wird. Sie ist zweyerley. Entweder gründet sie sich in den Gesetzen der zwölf Tafeln, oder ist durch die Gewohnheit eingeführt. Von der letzten Art ist die *tutela fiduciaria*, welche im 19ten Titel beschrieben wird. Die erste heißt tutela legitima im eigentlichen Verstande, und sie ist in den Gesetzen der zwölf Tafeln entweder ausdrücklich, oder nur versteckt (*implicite*) gegründet. Ausdrücklich enthalten diese Gesetze die *tutelam agnatorum*; versteckt die *tutelam patronorum* und *parentum* (*1).

(1) Zur weitern Aufklärung dieser Materie bemerke man: 1) die Gesetze der 12 Tafeln riefen die Agnaten mit deutlichen Worten zur Erbschaft und zur Tutel. In der fünften Tafel heißt es: si pater familias intestato moritur, cui impubes suus heres escit, agnatus proximus tutelam nancitor. 2) Diese Gesetze riefen auch den Patron und seine Kinder zur Erbschaft des Freygelassenen. Die 5te Tafel sagt: si libertus intestato moritur, cui suus heres nec escit, ast patronus patronive liberi escint: ex ea familia (nemlich des Freygelassenen) in eam familiam (des Patrons) proximo pecunia aduitor (das Vermögen soll ihm heimfallen). Von der Vormundschaft des Patrons über den Freygelassenen, sagen die Gesetze nichts. Weil aber die Juristen die Regel festgesetzt hatten: wer Erbe eines Menschen ist, muß auch nach den Gesetzen die Vormundschaft über ihn übernehmen: so schlossen sie ferner, daß nach dem Sinn des Gesetzes der Patron Vormund über den unmündigen Freygelassenen seyn müsse, und nannten daher diese Tutel auch eine gesetzliche. 3) Die Tutel eines Vaters über seine unmündigen emancipirten Kinder kam ebenfalls in den Gesetzen der 12 Tafeln nicht vor. Indessen führten sie die Juristen ein, weil man den Vater als Patron des emancipirten Kindes betrachtete, und sie wurde durch die Observanz angenommen. Man nannte sie tutelam fiduciariam, von dem pacto fiduciae, welches bey der alten Emancipation geschlossen wurde (§. 169.). 4)

Die Rechtsgelehrten stellen auch den Satz auf: wenn ein Vater, welcher über sein emancipirtes Kind die Tutel geführt hat, vor deren Endigung stirbt, so sollen die nicht emancipirten Söhne des Vaters die Tutel continuiren; und auch diese wurde fiduciaria genannt, weil sie eine Fortsetzung der eigentlichen fiduciarischen war; 5) Als der Prätor dem Vater ein Successionsrecht in dem Vermögen seiner emancipirten Kinder gab (§. 636.): so rechneten nun die Juristen des Vaters Vormundschaft über dergleichen Kinder unter die gesetzliche. Denn nun trat die Regel bey dem Vater ein: wer erbt, muß auch nach den Gesetzen Vormund werden. Hingegen 6) bekamen die nicht emancipirten Söhne des Vaters kein Erbrecht in dem Vermögen des emancipirten Kindes; daher wurde auch ihre Tutel nie legitima genannt, sondern behielt den Namen fiduciaria. Einige Juristen, z. E. *Io. Faber* ad tit. I. de legit. patronor. tut. n. 1. und *Stryk* us. mod. Pand. tit. de legit. tutor. behaupten, daß auch die pupillarisch substituirten zu den gesetzlichen Vormündern gehören; aber ohne Grund. S. *Car. Frid. Walch* diss. sub praesid. Buderi. (Ien. 1753.) de tutela extraneor. legitima, §. 9. 10.

§. 183. Von der Vormundschaft der Agnaten.

Gesetzliche Vormünder sind also nach den Zwölftafelgesetzen die Agnaten. Sie sind, wenn jemand ohne Testament stirbt, seine Erben, und müssen daher auch Vormünder werden. Denn die Römer sahen die Vormundschaft als eine große Last an, und hielten es daher für billig, daß der, welcher die Hoffnung zur Erbschaft hat, auch die Vormundschaft übernehme. Sind mehrere Agnaten vorhanden, so geht der nähere im Grade dem entferntern vor; sind sie in gleichem Grade, so bekommen sie alle zusammen die Tutel; ist der nächste untüchtig dazu, so bekommt sie der nächstfolgende. Die Cognaten erben nach den Gesetzen der zwölf Tafeln nicht; daher waren sie auch nicht schuldig Vormünder zu werden. (*1).

(1) *Io. Bernh. Friesen* de tutelae et successionis legitimae nexu. Ien. 1719.

§. 184. Justinians Verordnung darüber.

Justinian aber hat in der Intestaterbfolge den Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten aufgehoben. Ein jeder Verwandter, er sey Agnat oder Cognat, hat ein Erbrecht. Daher müssen auch die nächsten Cognaten die Vormundschaft übernehmen, so gut als die Agnaten. Sogar die Mutter und Großmutter gelangen dazu; gegen die Regel, vermöge der die Weibspersonen von der Tutel ausgeschlossen sind, und werden den entfernteren Verwandten vorgezogen (§. 169.).

§. 185. Deutsches Recht.

Ein gesetzlicher Vormund bedarf nach Römischem Recht keiner Bestätigung. Nach Deutschen Gesetzen aber haben alle Vormünder, also auch die gesetzlichen, die obrigkeitliche Bestätigung nöthig (§. 180.). Thomasius (*1) und Ludewig (*2) wollen daraus den Schluß ziehen, daß alle Vor-

münder in Deutschland dativi tutores seyen, und daß der ganze Unterschied zwischen einem testamentarischen, gesetzlichen und von der Obrigkeit gegebenen Vormund wegfalle. Allein dieser Schluß ist übereilt. Wenn er richtig wäre, so könnte die Obrigkeit den testamentarischen und gesetzlichen Vormund nach Gefallen übergehen und einen andern bestellen; dieses geht aber nicht an. Die Obrigkeit muß hinlänglichen Grund haben, wenn sie dem testamentarischen oder gesetzlichen Vormund die Bestätigung versagen will (*3). Die obrigkeitliche Bestätigung ist auch den vollkommen testamentarischen und gesetzlichen Vormündern blos dazu nöthig, daß sie die Vormundschaft führen können; ihr Recht dazu entsteht aus dem Testament, oder aus den Gesetzen. Es ist daher noch heutiges Tages ein Unterschied zwischen unvollkommen testamentlichen, und vollkommen testamentlichen oder gesetzlichen Vormündern (*4).

(1) Not. ad Inst. p. 74. ad Pand. 247.

(2) Diss. de diff. I. R. et G. in tutelis testam. et legit. diff. 12. lit. tt. In opusc. miscell. tom. 2. p. 1107. Idem in diss. de differ. I. R. et Germ. in tutela Attiliana, diff. 2. in opusc. pag. 1166.

(3) *Pufendorf* tom. 1. obs. 50.

(4) Denn 1) ein unvollkommen testamentarischer Vormund ist weder befugt noch schuldig, sich einiger Vermögensverwaltung zu unterziehen, ehe er bestätigt ist. Der vollkommen testamentarische und gesetzliche hingegen müssen sich sogleich den Geschäften, wo Gefahr bey dem Verzuge ist, unterziehen. 2) Jener braucht seine Entschuldigung vor erfolgter Bestätigung nicht anzuführen, diese müssen es thun, sobald sie erfahren, daß sie Vormünder seyn sollen. 3) Jener ist nicht verbunden, um die Bestätigung zu bitten, diese sind dazu verpflichtet. *Stryk*us. mod. tit. de confirm. tut. §. 4. sqq. *Brunnemann* ad L. 1. C. de confirm. tut. n. 6. *Berger* O. I. lib. 1. tit. 4. §. 2. *Ayrer* diss. de differentiis iuris romani et Lubecensis in confirmandis tutoribus §. 13. sqq. Anderer Meynung sind *Henr. Christ. Stryk* diss. interesse iuris controversiarum in foro cap. 3. §. 3. und *Kortholt* diss. de differentiis iuris romani et Heilbronnensis in tutel. §. 11. sqq. Das practische Interesse dieser Streitfrage zeigt sich hauptsächlich in dem Falle, wenn der Pupill vor erfolgter Bestätigung des Vormundes wegen Mangel der Aufsicht oder Verwaltung Schaden leidet, und die Frage ist, ob der Vormund diesen ersetzen müsse.

§. 186. Uebergang zum folgenden Titel.

Das Agnationsrecht gieng durch die Capitis Deminution verlohren; diese machte aber daher auch nach altem Römischen Recht der gesetzlichen Tutel ein Ende. Wenn nemlich ein Agnat gesetzlicher Vormund war, und Capitis Deminution erlitt: so hörte seine Vormundschaft auf, und dieß ist die Ursache, warum die Verfertiger der Institutionen hier die Lehre von der Capitis Deminution einschieben.

TIT. XVI.

DE CAPITIS DEMINUTIONE.

§. 187. Was ist capitis deminutio?

Caput heißt bey den Römern unter andern der bürgerliche Zustand (status civilis); der Zustand der Freyheit, des Bürgerrechts und der Familie. Caput liberum heißt ein Mensch, der sein eigener Herr ist; capite census einer, der nicht so viel Vermögen hat, daß es der Mühe werth wäre, es in die öffentlichen Volkslisten oder Schatzungstafeln (tabulas censuales) zu bringen, dessen Namen also allein, ohne Vermögen, in diese Tabellen eingetragen wird. Die Sklaven hießen capite destituti, denn sie hatten keinen bürgerlichen Zustand; poena capitalis und caput de civitate eximere, bedeutet nicht blos eine Lebensstrafe, sondern auch die Beraubung der Freyheit oder des Bürgerrechts; iudicium capitale heißt nicht blos ein Proceß, der auf Leib und Leben geht, sondern auch einer, bey dem Freyheit oder Bürgerrecht auf dem Spiele steht. *Capitis deminutio* ist also ein Verlust des bürgerlichen Zustandes. Diese Definition halte ich für richtiger, als die Justinianeische im pr. h. t.: capitis deminutio est status prioris mutatio. Denn nicht jede Veränderung des bürgerlichen Zustandes ist eine capitis deminutio. Z. E. wenn ein Kind durch den Tod des Vaters aus der väterlichen Gewalt geht, wenn ein peregrinus das Römische Bürgerrecht erhält, so verändern sie ihren Zustand, und leiden doch keine Capitis Deminution (* 1).

(1) *Wiesand* opusc. p. 16. sqq. Was in Hrn. Roberts kleinen jurist. Abhandlungen S. 24. rc. zur Vertheidigung der legalischen Definition gesagt wird, scheint mir dazu nicht hinlänglich.

§. 188. Eintheilung derselben.

Sie ist dreyerley, die größte, mittlere und geringste. Die größte besteht in dem Verlust der Freyheit; die mittlere in dem Verlust des Bürgerrechts, und die geringste in dem Verlust der Familienrechte, wenn jemand aufhört, ein Mitglied einer Familie zu seyn, und die davon abhangenden Rechte verliert. Die größte oder mittlere Capitis Deminution wird ein bürgerlicher Tod genannt, weil einer, der sie leidet, aufhört eine Person im Staate zu seyn.

§. 189. Von der größten Capitis Deminution.

Die größte Capitis Deminution leiden also die, welche in die Sklaverey fallen. Dieß konnte bey den Römern geschehen a) durch die Kriegsgefangenschaft; b) wenn sich einer, um den Käufer zu betrügen, als Sklaven verkaufen ließ; c) wenn sich ein Freygelassener undankbar gegen seinen Patron bezeigte; d) wenn einer ein Verbrechen begieng, worauf die Todesstrafe stand. Oben im 68ten §. ist dieß weiter erklärt.

§. 190. Von der mittleren.

Die mittlere Capitis Deminution litten 1) die, welche ins Exilium geschickt wurden, das ist, mit Verlust ihres Bürgerrechts das Römische Gebiet meiden mußten. Von Augusts Zeiten an brachte man viele Exilirten auf gewisse Inseln, sie hießen daher *deportati* (*[1]). 2) Die transfugae, oder Bürger, welche aus feindseligen, verrätherischen Absichten ihr Vaterland verließen. 3) Bürger, welche für Feinde des Staats erklärt wurden. Hingegen die bloße Relegation war keine Capitis Deminution. Ein relegatus verlohr das Recht, sich in Rom oder in einer gewissen Provinz aufzuhalten, er behielt aber sein Bürgerrecht. Wer übrigens das Bürgerrecht verlohr, kam auch um sein Vermögen, denn es wurde confiscirt (*[2]).

(1) *Herm. Cannegieter* obs. iur. rom. lib. 1. cap. 8. 9.
(2) L. 1. D. de bon. damnat.

§. 191. Von der geringsten.

Endlich die geringste Capitis Deminution leidet einer, 1) der sich arrogiren läßt. Denn er hört auf, ein pater familias zu seyn, geht aus der Familie, zu der er vorher gehörte, und kommt in eine andere, in des Arrogators seine. Aber auch 2) wenn sich mein Vater arrogiren läßt, so leide ich eine Capitis Deminution. Denn ich gehöre nun auch nicht mehr zu der Familie, deren Mitglied ich zuvor war, und habe also in ihr die Familienrechte nicht mehr (*[1]). 3) Die Adoptirten leiden eine Capitis Deminution, und zwar nach Antejustinianeischem Römischen Recht ohne Unterschied, nach Justinianeischen Gesetzen aber nur die vollkommen, d. i. von einem Ascendenten Adoptirten. Nach Antejustinianeischem Recht nemlich kam jeder Adoptirte in die väterliche Gewalt des Adoptivvaters, und verlohr die Familienrechte in der Familie seines leiblichen Vaters. Nach Justinians Verordnung aber geschieht dieß nur in dem Falle, wenn ein Ascendent einen Descendenten adoptiret (§. 149.). 4) Die Legitimirten; denn sie hören auf sui iuris zu seyn. 5) Die Emancipirten; da sie ebenfalls Familienrechte, das ius agnationis und sui heredis verlieren (*[2]).

Es fragt sich nur: a) gilt dieses blos bey der alten Emancipation, und fällt es bey der Anastasianischen und Justinianeischen weg? b) Kann man nach dem neuesten Römischen Recht, nach dem Recht der Novellen die Emancipation noch als eine Capitis Deminution betrachten? Die erste Frage wird von Verschiedenen (*[3]) bejahet. Aber Andere (*[4]) behaupten mit Recht das Gegentheil, daß nemlich auch die Anastasianische und Justinianeische Emancipation eine Capitis Deminution involvirt habe. Denn wer durch eine dieser Emancipationsarten aus der väterlichen Gewalt gieng, verlohr die Familienrechte

rechte, und wurde als ein extraneus angesehen. Die zweyte Frage ist ebenfalls streitig. Einige Juristen sagen, nach dem Rechte der Novellen verlieren die Emancipirten keine Familienrechte mehr, also leiden sie auch keine Capitis Deminution. Allein dieß folgt nicht; die Emancipirten verlieren doch das ius sui heredis (§. 533.); sie leiden also allerdings noch eine Art von Capitis Deminution (*5).

(1) Die Kinder eines Adoptirten (in engerem Verstande) bleiben in ihres leiblichen Großvaters Gewalt. L. 40. D. de adopt.

(2) Daß einige Successionsrechte durch die Emancipation nicht verlohren giengen, ist unten (§. 460.) bemerkt.

(3) *Huber* digress. lib. 5. cap. 6. §. 3. sqq. *Franzk.* Exercit. 3. Q. 3.

(4) *Vinn.* in commentar. h. t. §. 3. *Boehmer* diss de statu liberorum sui iuris factor. cap. 1. §. 13. sqq. ad Pand. tom. 1. pag. 924. sqq.

(5) *Cocceii* in iur. controv. tit. de capite minut. Qu. 2. *Schulting* ad tit. Pand. de adopt. §. 19. *Heimburg.* diss. difficillima emancipat. capitis, §. 37. *Franc. Car. Conradi* de minima cap. deminut. in parergis lib. 2. p. 195.

§. 192. Deutsches Recht.

Die größte Capitis Deminution fällt bey uns weg. Denn ob wir gleich Sklaven haben, die aus andern Welttheilen zu uns gebracht werden: so giebt es doch keinen Fall, wo ein freyer Mensch bey uns zum Sklaven würde. Gesetzt auch, jemand fiele in die türkische oder algirische Sklaverey, so sehen wir doch diese Sklaverey nicht für rechtmäßig, und ihn nicht als einen Sklaven an. Will man es eine capitis deminutionem maximam nennen, wenn jemand ein Leibeigener wird, so kann diese Art der Capitis Deminution noch vorkommen (§. 70.). Die Verurtheilung zu ewigem Gefängniß aber, welche Einige auch hieher rechnen, verdient wohl diesen Namen nicht. Eine Art von mittlerer Capitis Deminution haben wir noch. Dahin gehört 1) die Reichsacht, proscriptio, bannum imperii. Durch sie wird ein abwesender Verbrecher aller seiner Rechte, die er als Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft hatte, seiner Ehren, Aemter, Güter, Lehen und des Schutzes für seine Person verlustig erklärt. Indessen ist sie härter als die Capitis Deminution; denn ein solcher Geächteter ist vogelfrey, das ist, jedermann kann ihn ungestraft tödten; diese Folge hatte die mittlere Capitis Deminution bey den Römern nicht. Eine Aehnlichkeit mit der mittleren Capitis Deminution hat auch 2) die ewige Landesverweisung, und 3) die Verurtheilung auf die Galeeren, wenn sie mit Confiscation des Vermögens verbunden sind. Doch gehen sie auch von der Römischen mittleren Capitis Deminution in ihren Wirkungen ab, weil die Fremden heutigestages mehr Rechte haben, als bey den Römern (§. 91.); folglich die Beraubung des Bürgerrechtes weniger schäd-

lich ist (*). Die geringste Capitis Deminution findet bey uns noch völlig so, wie im neuern Römischen Rechte, Statt.

(*) Vergl. Westphal Erkenntnisse und Gutacht. des bürgerl. Rechts. Tit. de statu homin. §. 5. W.

TIT. XVII.

DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

§. 193. Was ist die gesetzliche Vormundschaft der Patronen?

Wenn ich einen Sklaven frey lasse, so heisse ich sein Patron. War dieser Sklav noch unmündig, so mußte ich über ihn die Vormundschaft übernehmen, und diese hieß *legitima patronorum tutela*. Da wir in Deutschland wenig Sklaven haben, so wird der Fall, daß jemand einen unmündigen Sklaven frey läßt, schwerlich vorkommen. Und in soweit hat dieser Titel keinen practischen Nutzen.

TIT. XVIII.

DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

§. 194. Was ist die gesetzlich Vormundschaft der Eltern?

Wer ein unmündiges Kind oder Enkel emancipiret, muß die Vormundschaft über es führen. Denn er wurde nach dem alten Römischen Recht als Patron, und das Kind oder Enkel als Freygelassener angesehen. Dieß ist die *legitima parentum tutela*.

Also der Vater und Großvater führen diese Tutel nicht als nächste Agnaten; denn das ius agnationis gieng durch die Emancipation verlohren, sondern als Patronen. Nachdem Justinian aber den Cognaten auch ein Erbrecht gegeben, und verordnet hat, daß die Emancipation das Erbrecht nicht aufheben soll; so wird der Vater und Großvater Vormund über das emancipirte Kind als nächster Verwandter.

§. 195. Heutiger Gebrauch.

Heutigestages wird sich der Fall schwerlich zutragen, daß ein Vater sein unmündiges Kind emancipirt. Gesetzt aber, daß er sich zutrüge, so würde der Vater so gut, wie bey den Römern Vormund über das Kind werden (*1).

(1) *Stryk* us. mod. Pand. tit. de legit. tut. §. 3.

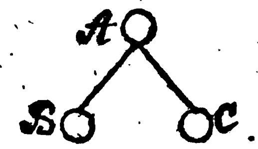
TIT. XIX.

DE FIDUCIARIA TUTELA.

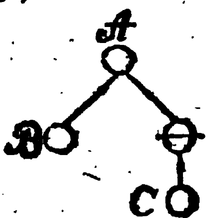
§. 196. Erklärung der fiduciarischen Tutel.

Wenn der Vater oder Großvater die Tutel über seine emancipirten unmündigen Kinder oder Enkel geführt hat, aber vor deren Beendigung gestorben ist: so müssen seine großjährigen Söhne sie fortsetzen, und darin besteht die *fiduciaria tutela.* Sie kann also 1) vom Vater; 2) vom Bruder und 3) vom Oheim geführt werden. **Vom Vater;** man denke sich diesen Fall:

A hat seinen Sohn B in seiner Gewalt behalten, seinen Enkel C aber emancipirt, und die Vormundschaft über ihn geführet. Ehe der Enkel mündig wird, stirbt der Großvater. Jetzt muß B über seinen Sohn C die fiduciarische Tutel übernehmen. **Vom Bruder.**



A hat 2 Söhne, B und C; der letzte ist unmündig. A emancipirt den unmündigen Sohn und wird sein Vormund, stirbt aber vor geendigter Tutel. Hier übernimmt der Bruder B, wenn er anders majorenn ist, die fiduciarische Vormundschaft. **Endlich vom Oheim.**



A emancipirt den unmündigen Enkel C, und wird Vormund über ihn, geht aber während der Vormundschaft mit Tode ab. In diesem Falle wird der Oheim des Unmündigen, der B, fiduciarischer Tutor. Nach dem neuen Rö-

mischen Recht bekommen zwar der Vater, Bruder und Oheim in den angeführten Fällen die Vormundschaft; aber nicht als Söhne des emancipirenden Vaters und Patrons, sondern als die nächsten Verwandten; und so ist es auch heutigestages, wiewohl sich der Fall, daß jemand ein unmündiges Kind emancipirt, schwerlich ereignen wird, wie ich schon bey dem vorigen Titel bemerkt habe.

TIT. XX.

DE ATTILIANO TUTORE ET EO, QUI EX LEGE IULIA ET TITIA DATUR.

§. 197. Erklärung der Dativ-Tutel.

Die Tutel ist entweder testamentarisch, oder gesetzlich, oder dativ, das heißt, von der Obrigkeit bestellt. Von der letzten wird im gegenwärtigen Titel gehandelt. Sie ist die Tutel, welche da, wo die beyden andern wegfallen, von einem dazu durch die Gesetze besonders autorisirten Magistratus auf die gehörige Weise bestellt wird.

§. 198. Welche Obrigkeiten konnten Vormünder geben?

Also nicht alle, sondern nur die Magistratspersonen konnten einen Vormund geben, welche von den Gesetzen dazu berechtigt worden waren. Dergleichen waren, vermöge des Attilischen Gesetzes, in Rom der Prätor Urbanus (*). Doch konnte er es nicht für sich thun, sondern mußte die Volkstribunen dazu ziehen (*1). In den Provinzen war es, vermöge der legis Iuliae et Titiae, der Präses oder Gouverneur. In den neuern Zeiten haben noch mehrere Obrigkeiten das Recht, Vormünder zu bestellen, erhalten, welche in dem 3. 4. und 5. §. des Justinianeischen Textes beschrieben werden, die ich aber übergehe, weil die Sache blos historisch und antiquarisch ist (*2).

(*) Also nicht, weil er Prätor war – iure Magistratus – sondern weil das Attilische Gesetz ihn besonders dazu berechtigte. pr. I h. t. Die Worte: *secundum suam iurisdictionem* §. 4. ibid. deuten auf die Gränzen der Gerichtsbarkeit, daß der Prätor nur denen Vormünder geben könne, die sich in seinem Gerichtszwang befinden. (§. 168. Note 3.) W.

(1) *Arntzenii* miscellan. cap. 12.

(2) *Marche* diss. de tutoribus ex lege Iul. et Titia datis, Lips. 1736. in *Fellenberg.* iurispr. antiq. tom. 2. num. 19. *Reitz* excurs. XII ad Theoph.

§. 199. In welchen Fällen tritt die Dativtutel ein?

Die Dativtutel ist blos subsidiarisch. Sie hat also nur Statt: 1) wenn gar kein testamentarischer oder gesetzlicher Vormund vorhanden ist; 2) wenn der testamentarische Vormund oder nächste tutor legitimus wegen eines Hin-

weniges die Tutel nicht sogleich antreten kann, (§. 179.); 8) wann der testamentarische Vormund unter Mitwirkung der Obrigkeit wegfällt, das heißt, sich excusirt oder removirt wird (§. 179.).

§. 200. Wie bestellt die Obrigkeit den Vormund?

Der Magistratus muß den Tutor auf die in den Gesetzen vorgeschriebene Weise bestellen. Er kann daher 1) keinen Vormund so ernennen, daß er erst nach einer gewissen Zeit sein Amt antreten sollte (ex die); oder, daß er 2) nur eine gewisse Zeitlang Vormund seyn sollte (in diem); den Fall ausgenommen, wenn der testamentarische oder gesetzliche Vormund verhindert wurde, sogleich sein Amt anzutreten. Denn in diesem Fall konnte der Magistratus einen Vormund geben, der so lange, bis das Hinderniß wegfiel, die Tutel führte. 3) Die Obrigkeit kann auch keinen Vormund unter einer Bedingung geben, ausgenommen, wenn der Vater im Testament einen Vormund bedingter Weise bestellt hat, und man noch nicht weiß, ob diese Bedingung zur Erfüllung kommen wird. Denn in diesem Fall bestellt der Richter einsweilen einen andern, der also nur bis zur Erfüllung jener Bedingung, und folglich wirklich auch bedingter Weise (sub conditione resolutiva) bestellt ist.

Der Grund dieser Regeln ist nach der gemeinen Meynung der, daß die tutoris datio ein *actus legitimus*, eine feyerliche Handlung gewesen sey; dergleichen Handlungen aber die Beyfügung einer Zeit und Bedingung nicht vertrügen. Nun will ich zwar nicht läugnen, daß ein Römischer Tutor von dem Magistratus mit gewissen Feyerlichkeiten bestellt worden ist. Aber das halte ich für falsch, daß dieser Feyerlichkeit wegen ein Tutor nicht von einer gewissen Zeit an, auf eine Zeit und unter einer Bedingung, habe bestellt werden können. Denn der Satz: eine feyerliche Handlung leidet keine Zeit und Bedingung, ist ohne Grund. Man s. die am Ende des Buches angehängte Abhandlung von den legis actionibus und actibus legitimis, §. 8, 9. Die Ursache jener Regeln liegt vielmehr in dem Wesen der Tutel. Eine Vormundschaft, wenn sie beträchtlich ist, erfordert Kenntnisse, die man sich erst durch Erfahrung erwirbt, und zwar nicht allein allgemeine ökonomische Kenntnisse, sondern auch oft besondere, die sich auf das Vermögen dieses Pupillen beziehen. Ein neuer Vormund muß, und zwar oft mit dem Schaden des Pupillen, lernen, was der vorige schon wußte. Daher muß die Obrigkeit Veränderungen mit der Person des Vormundes vermeiden, so lang die Noth dergleichen nicht erfordert. Es würde aber Veränderungen geben, wenn man einen Vormund in diem, ex die, oder unter einer Bedingung bestellen wollte. Bey den Römern trat noch hinzu, daß die Jurisdictionsbezirke ihrer Magistratspersonen sehr weitläuftig waren, und ein Römischer Magistratus sich um

das Vormundswesen und die einzelnen Vormundschaften so genau nicht bekümmern konnte, als bey uns. Desto mehr Ursache hatte er, die Vormünder so zu bestellen, daß sie ihr Amt behalten konnten und mußten, bis der Pupill mündig war.

§. 201. Deutsches Recht.

Heutigestages ist 1) das Recht, Vormünder zu bestellen, ein Ausfluß der ordentlichen Jurisdiction, das heißt, jeder, wer Jurisdiction hat, kann Vormünder bestellen, wenn nicht etwa in einem Lande ein besonderes Waysengericht oder Vormundschaftsamt bestellt ist. Cocceji (*1) läugnet zwar, daß die Vormundschaftsbestellung heutigestages eine Folge der Jurisdiction sey, aber ohne allen Grund. 2) Kann die Obrigkeit den testamentarischen und gesetzlichen Tutor, wenn er sich um die Bestätigung meldet, übergehen, und einen Dativtutor bestellen. Nur müssen dazu wichtige Ursachen vorhanden seyn, sonst kann der übergangene testamentarische und gesetzliche Vormund im Wege Rechtens Klage führen. 3) Auch noch heutigestages wird die Obrigkeit keinen Vormund auf eine Zeit, nach einer Zeit, oder unter einer Bedingung bestellen; es wären dann dringende Ursachen vorhanden. Denn die Raison dieser Verordnung schlägt bey uns so gut als zu der Römer Zeiten ein.

(1) *Cocceii* iur. controv. lib. 26. tit. 5. Qu. 2.

TIT. XXI.

DE AUCTORITATE TUTORUM.

§. 202. Pflichten des Vormunds bey Uebernehmung seines Amtes.

Der Vormund hat Pflichten zu beobachten bey Uebernehmung der Vormundschaft, und Pflichten bey deren Führung. Bey der Uebernehmung muß er sich 1) beeidigen lassen. Die Nov. 72. cap. ult. schreibt dieses zwar nur bey den Curatoren der Minderjährigen vor; aber die Polizeyordnungen vom Jahr 1548. und 1577. verordnen es auch bey den Tutoren. Dieser Eid gehet dahin: der Vormund wolle seinen Pflegkindern treulich und ehrlich vorstehen; die Güter nicht in seinen eigenen Nutzen verwenden, und ohne Vorwissen der Obrigkeit nicht veräussern, oder verpfänden; jährlich Rechnung ablegen; kurz, alles thun, was einem getreuen Vormund zukommt. An manchen Orten wird statt des Eides dem Vormund nur ein Handgelöbniß abgenommen. 2) Muß der Vormund Caution leisten, daß er gut haushalten, und dem Pflegbefohlnen sein Vermögen dereinst ungeschmälert zurückgeben wolle. Von dieser Cautionsleistung waren nach Römischem Recht die testamentärischen Vormünder frey, desgleichen die, welche ein höherer Ma-

gistratus, nach vorhergegangener Untersuchung ihrer Tüchtigkeit, gegeben hatte. In Deutschland aber sollen nach den Polizeyordnungen alle Vormünder Caution leisten. Man sehe den 24. Titel dieses Buches. Ist die Beeidigung und Cautionsleistung geschehen, so bekommt der Vormund ein obrigkeitliches Zeugniß über seine Vormundsbestellung, tutorium. Nun muß er 3) ein Inventarium über das Vermögen des Pupillen errichten lassen, das heißt, ein Verzeichniß aller beweglichen und unbeweglichen Güter, Capitalien, Rechte, Passivschulden rc. und zwar ein solches, das öffentliches Ansehen hat; das also entweder von einem gerichtlichen Actuarius, oder einem Notarius mit Zuziehung zweyer Zeugen errichtet ist ([1]). Denn dieses ist die Grundlage der vormundschaftlichen Rechnungen; ohne Inventarium weiß man nicht, was der Vormund zur Einnahme zu bringen hat.

(1) Struben rechtl. Bed. 1. Theil. 188. S.

§. 203. Vormundspflichten nach übernommener Tutel, in Ansehung des Pupillen Person.

Nach übernommener Vormundschaft muß der Vormund 1) für die Person des Pupillen sorgen; 2) dessen Vermögen gehörig verwalten. Die Sorge für die Person faßt drey Stücke in sich: a) daß er den Pupillen die nöthigen Alimente, Essen, Trinken, Kleidung, Arzneymittel reiche; b) seine Sitten bilde, und ihn c) eine nützliche Profession, Kunst oder Wissenschaft lernen lasse.

§. 204. In Rücksicht auf das Vermögen.

Die Verwaltung des Vermögens besteht in dessen kluger Erhaltung, und wenn es möglich ist, Vermehrung. Um diese Zwecke zu erreichen, muß der Vormund 1) die Einkünfte des Pupillen fleißig eintreiben, und sorgen, daß der Pupill allen Nutzen von seinem Vermögen ziehe, der sich davon ziehen läßt. 2) Er muß die Prozesse des Pupillen führen; nemlich solche, worin dieser nicht offenbar Unrecht hat ([1]). 3) Wo es nöthig oder nützlich ist, Güterstücke des Pupillen veräussern, doch darf er liegende Güter nur aus Noth, nicht des blossen Nutzens wegen veräussern ([2]); und diese Verordnung wird billig, wo sie nicht durch Provincialgesetze aufgehoben ist, noch heutzutage befolgt ([3]). 4) Soll er das Geld des Pupillen nicht müßig liegen lassen. Nach der Nov. 72. cap. 6. soll er nur so viel ausleihen, daß man den Pupillen von den Zinsen erhalten kann. Allein in Deutschland haben wir in diesem Stücke das ältere Römische Recht angenommen, vermöge dessen der Vormund alle entbehrlichen Gelder auf Zinsen ausleihen soll. Thut er dieses nicht, so muß er selbst die Zinsen davon bezahlen. 5) Die ausstehenden Schulden hat er einzutreiben. Unterläßt er es, und die Schuldner werden insolvent, so muß er dafür haften. 6) Die Passivschulden des Pupillen hingegen hat er zu bezahlen, und endlich

7) Rechnung abzulegen; nach dem Römischen Rechte nicht eher, als nach geendigter Tutel, heutiges Tages aber alle Jahre.

(1) *Io. Georg Schlosser* diss. de officio tutorum et curatorum circa lites pupill. et minor. Altorf 1762.

(2) L. 5. §. 14. D. de reb. minor. L. 12. C. de praed. et al. reb. minor. (V. 71.) *Simoncellus* de decretis in contractibus minorum adhibendis, lib. 3. tit. 8. inspect. 16. p. m. 450. sqq. *Car. Fried. Weinhold* diss. de decreto in alienandis rebus minorum interponendo. Lips. (1775.) §. 6.

(3) *Eyben* de decreto in alienandis minorum rebus necessario th. 24. in opusc. p. 375. *Sande* de prohibita rerum alienatione, part. 1. cap. 1. §. 4. n. 63. in opp. pag. 9. et in decis Fris. lib. 2, tit. 9. Def. 14. pag. 82 *Boehmer* consult. et decis. tom. 2 dec 164. n. 5. *Leyser* sp. 344. med. 1. Strube rechtl. Bed. 2. Band, Seite 387. „Der Mündlinge Güter, schreibt dieser letzte „Rechtsgelehrte, sind großen Nachstellungen unterworfen, wenn sie unter dem „Vorwand eines zu erlangenden Nutzens verkauft werden könnten. Wie viele „gewissenlose oder doch nachläßige Vormünder giebt es nicht? Die höheren „Collegia sehen gemeiniglich mit fremden Augen, und müssen glauben, was „ihnen die Vormünder, Anverwandte und Unterobrigkeiten sagen. Das „arbitrium iudicis ist eine mißliche Sache, und was mancher dem Unmündigen heilsam zu seyn glaubt, ist ihm in der That schädlich.“ Man s. indessen doch *Müller* ad *Leyser* obs. 614. Im Hessen-Darmstädtischen ist die Veräusserung auch der Nützlichkeit wegen erlaubt. Verordnung vom 1. Febr. 1630.

§. 205. Doppelte Art, die Vormundspflichten zu erfüllen.

Der Vormund übt sein Amt entweder unmittelbar aus, wenn er in eigner Person thut, was zum Nutzen des Pupillen geschehen muß; oder mittelbar, wenn er den Pupillen handeln läßt, und dessen Handlungen durch seine Einwilligung bestätigt. So lange der Pupill noch ein Kind, das heißt, noch nicht sieben Jahre alt war, that der Vormund alles selbst. Wenn hingegen der Pflegbefohlene über die Jahre der Kindheit hinaus war: so ließ ihn der Vormund mehrentheils Geschäfte von Wichtigkeit schließen, und ertheilte seine Einwilligung (*auctoritatem*), sein Vollwort, wie es Gundling (1) sehr gut übersetzt, dazu. Durch diese Einwilligung ersetzte der Vormund den Mangel der Ueberlegung und Einsicht (lubricum aetatis), welcher bey dem Pflegbefohlnen wegen seiner Jugend Statt fand. Nach dem alten Römischen Recht konnte man in dem Fall, wenn man mit dem Vormund allein contrahirt hatte, keine Klage gegen den Pupillen anstellen. Daher war es rathsamer mit dem Pupillen selbst zu handeln. Allein nach den neuen Gesetzen kann ich den Pupillen aus einem mit dem Vormund geschlossenen Contract actione utili belangen (* 2).

(1) *Gundlingian.* Part 29. n. 6.

(2) L. 2. D. u. L. 2 C. quando ex fact. tut. — — Diese Form war eigentlich eine Folge des strengen Grundsatzes im Römischen Rechte, daß Niemand durch einen andern freyen Mann geradezu Rechte oder Verbindlichkeiten erlangen konnte.

konnte. L. 73. §. 4. D. de R. I. L. 11. D. *de obligat. et action.* Weber von der natürl. Verbindl. §. 89. a. Sollte also der Pupill selbst directe durch das Geschäft berechtigt oder verpflichtet werden, so zog man ihn, sobald er über die Jahre der Kindheit hinaus war, persönlich mit zu dem Handel. L. 1. §. 2. D. *de adm. et per. tutor.* Durch die Zustimmung des Vormunds ward die mangelhafte Einwilligung des Pupillen ergänzt, und die Sache nunmehr in ihren Wirkungen und Folgen als eigenes Geschäft des letztern behandelt. W.

§. 206. Was ist die auctoritas tutoris?

Auctoritas tutoris ist also die Einwilligung des Vormundes in ein Geschäft, das der Pupill nach zurückgelegten Kinderjahren unternimmt. Verschiedene Juristen (*1) behaupten, diese Einwilligung sey bey den Römern eine feyerliche Handlung gewesen. Allein Cujaz (*2) läugnet es mit Grund. Denn die auctoritas tutoris wird in keinem Gesetz unter die feyerlichen Handlungen gerechnet, und die ganze Hypothese ist, wie ich im folgenden §. zeigen will, unnöthig und unnütz.

(1) *Hottom.* quaest. illustr. 34. pag. m. 271. et 296. *Faber* semestr. lib. 2. cap. 24. pag. 369. *Sande* ad leg. 77. de reg. iur. in opusc. pag. 63.

(2) *Cuiac.* obs. lib. 15. cap. 16.

§. 207. Wie muß sie ertheilt werden?

Die auctoritas tutoris mußte 1) sogleich nach der Schließung des Geschäftes interponirt werden. Denn wenn der Tutor Anstand dabey findet, so bleibt das Geschäft in den Grenzen bloßer Tractaten stehen, und wenn der Tutor erst nach Monaten oder Jahren einwilliget, so kann der andere Contrahent mit Recht einwenden, er habe sich seitdem anders besonnen; wäre der Vormund mit dem Handel zufrieden gewesen, so hätte er es in Zeiten sagen sollen. Nimmt indessen der andere Contrahent die nach einiger Zeit erst ertheilte Einwilligung des Vormundes an, so ist ohne Zweifel der Handel gültig. Der Tutor muß 2) bey dem Pupillen gegenwärtig seyn, und darf seine Einwilligung nicht durch einen Brief oder Bothen ertheilen; denn auf diese Art kann er alles mit eignen Augen sehen, und versichert seyn, daß der Pupill nicht vervortheilt worden ist (*1). Wenn der andere Contrahent abwesend ist, so kann der Vormund seine Autorität schriftlich melden. Ich schreibe z. E. dem Pupillen: ich wolle ihm mein Haus vermiethen; der Pupill zeigt den Brief dem Vormund; dieser antwortet mir: er sey mit dem Contract zufrieden, dieß geht an (*2). 3) Muß er die Einwilligung ohne Bedingung geben. Denn wenn der Pupill das Geschäft unbedingt beschlossen hat, so williget der andere Contrahent in keine Bedingung. Wenn also der Tutor seine Autorität nicht anders, als unter einer Bedingung interponiren will: so ist er und der andere Contrahent verschiedener Meynung; das Geschäft kann also natürlicher Weise nicht zu Stande kommen. Hat der Pupill

unter einer Bedingung contrahirt, und der Vormund williget in den Contract, so wie er geschlossen worden ist, ein, pure interponit auctoritatem, wie Ulpian (*[2]) sagt, ut conditionalis contractus confirmetur, so ist die Einwilligung auf die gehörige Art ertheilt. Eben so wenig Anstand hat die Sache, wenn der Contract mit dem Pupillen zwar anfangs unbedingt geschlossen wird, der Vormund aber Bedingungen macht, und der andere Contrahent sich diese Bedingungen gefallen läßt. Denn sobald der Vormund eine Bedingung macht, und der andere Contrahent damit zufrieden ist, so wird der Contract, der zuerst unbedingt (negotium purum) war, in einen bedingten (negotium conditionatum) verwandelt, und der Vormund willigt ohne Bedingung (pure) in diesen bedingten Contract ein. Hieraus sieht man, daß die Verordnungen des Römischen Rechts, auctoritas tutoris interponi debet statim, pure, a tutore praesente, in der Sache selbst ihren Grund haben, und sich gar wohl erklären lassen, wenn man auch annimmt, daß die auctoritas tutoris eine feyerliche Handlung gewesen sey. Und gesetzt, sie wäre dergleichen gewesen, so folgt doch nicht daraus, was man daraus schließen will. Denn es ist noch gar nicht erwiesen, daß alle feyerliche Handlungen unbedingt, und in eigner Person geschehen mußten (*[3]).

(1) *Huber* praelect. h. t. n. 3.

(2) L. 9. §. 5. D. h. t.

(3) Man s. die dem Buche angehängte Abhandlung von den legis actionibus, §. 8. 9. Ich finde auch nicht, daß die älteren Commentatoren der Institutionen bey dieser Materie an actus legitimos gedacht haben. Erst den Neueren ist diese Grille in den Sinn gekommen. — — Wenn man auch diese von dem Verfasser bestrittene Idee hier ganz bey Seite setzt, so lassen sich die Grundsätze von der nothwendigen Gegenwart des Vormunds rc. noch auf eine andere Art aus der Sache selbst herleiten. Der Vormund soll durch sein Vollwort den Consens des Pupillen ergänzen, mithin seine Einwilligung mit der des Unmündigen zusammengenommen einen und denselben Consens ausmachen. Daher muß er 1) zugleich mit dem Pupillen das Geschäft abschließen – praesens statim. – So wenig Jemand einen Theil seiner eigenen Einwilligung heute, und einen andern Theil morgen in eine und dieselbe Sache ertheilen kann; so wenig darf dies auch hier geschehen. 2) Macht der Vormund seine eigene Einwilligung noch erst von Bedingungen abhängig, so ergänzt er ja den mangelhaften Consens des Unmündigen nicht, worauf es hier ankommt, sondern jeder von ihnen handelt allein, und mithin kann der Zweck nicht erreicht werden, den man eigentlich durch ihre Verbindung vermöge jenes strengen Rechtssatzes bewirken will; gesetzt auch, daß der andere Contrahent sich diese Bedingung gefallen ließe. Diese Gründe dürften dem Römischen Rechtssysteme gemäßer seyn (§. 205.), und aus ihnen sich auch desto leichter erklären lassen, warum bey der Consensertheilung eines Curators dergleichen Form nicht vorgeschrieben ist. (§. 227.). W.

§. 208. In welchen Fällen ist sie nöthig?

Die Autorität des Vormundes ist nöthig, wenn der Pupill ein Geschäft unternehmen will, wodurch ihm eine Verbindlichkeit auferlegt wird. Denn die Regel ist: ein Pupill kann Andern eine Verbindlichkeit auflegen, ohne daß der Tutor um seine Einwilligung gefragt wird; aber sich selbst kann der Pupill nicht verbindlich machen ohne des Vormunds Autorität.

§. 209. Fortsetzung.

Ein Pupill kann daher ohne des Vormunds Autorität sich etwas versprechen lassen (stipulari); eine Schenkung annehmen; sich eine Schuld remittiren lassen, kurz, er kann etwas umsonst (titulo lucrativo) erwerben. Hingegen kann er nichts versprechen, verschenken, erlassen, übergeben, veräussern ohne des Vormundes Einwilligung. Auch keine Erbschaft kann er ohne dieselbe antreten. Denn wer eine Erbschaft antritt, ist verbunden alle Schulden zu bezahlen, wenn sie auch das Vermögen übersteigen. Ferner kann er kein Pfand nehmen, ohne des Vormunds Autorität. Denn ob ihm gleich das Pfand Sicherheit verschafft, so muß er doch dafür haften (*[1]).

Die Anmerkung sagt: es giebt Fälle, wo der Pupill auch ohne des Vormundes Einwilligung verbunden wird; wenn nemlich die Verbindlichkeit, wie Paullus L. 46. de O et A sagt, aus der Sache selbst (ex re) entsteht, d. i. nicht von der Einwilligung des Schuldners abhängt. Dahin gehört, 1) wenn jemand das Beste des Pupillen befördert hat, und es daher billig ist, daß ihn der Pupill entschädige, weil er sich sonst mit dem Schaden eines Andern bereichern würde. Auch ist der Pupill verbunden, einen Schaden zu ersetzen, den er mir durch eine unerlaubte Handlung zufügt, in sofern er eines bösen Vorsatzes fähig ist. Wenn mich also z. B. der Pupill bestohlen hat, so kann ich aus seinem Vermögen meine Schadensersetzung fordern, obgleich der Vormund in die unerlaubte Handlung des Pupillen nicht gewilliget hat (*[2]). Desgleichen wenn jemand in Abwesenheit des Vormundes ohne dessen Auftrag sich des Pupillen angenommen, und dringende Auslagen für ihn gethan hätte: so würde der Pupill zur Entschädigung verbunden seyn. Oder wenn der Pupill ein Haus gemeinschaftlich mit einem Majorennen hätte, und dieser nöthige Reparaturen darin machte: so würde der Pupill die Kosten zu seinem Antheil ersetzen müssen. 2) Wenn der Pupill ohne des Tutors Einwilligung einen Contract schließt: so sagt man, der Contract hinke (*claudicat* negotium), er hat einen lahmen und einen gesunden Fuß; auf der Seite des Pupillen ist er ungültig, auf des Contrahenten Seite aber gültig; das heißt deutlich: wenn der Pupill den Contract halten will, weil es ihm vortheilhaft ist, so muß ihn auch der Gegentheil halten. Wenn hingegen der Pupill den

Contract nicht halten will: so kann er dazu nicht gezwungen werden. S. die 8. Tabelle.

(1) *Oroz* de apic. iur. lib. 4. cap. 9. §. 11.

(2) Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 71.

§. 210. Was ist Rechtens, wenn der Vormund eingewilliget hat?

Wie aber, wenn der Tutor in ein Geschäft des Pupillen eingewilligt hat? Jetzt ist der Pupill verbunden, und kann aus dem Geschäft belangt werden. Nur ist zu bemerken, 1) wenn das Geschäft dem Pupillen schädlich ist, so kann er es umstoßen. Nemlich man nehme an, der Pupill hat mit des Vormundes Einwilligung, oder der Vormund allein hat im Namen des Pupillen ein Geschäft geschlossen. Nun zeigt sichs, daß es dem Pupillen schädlich ist. In diesem Fall kann der Pupill das Geschäft vom Richter aufheben lassen, oder wie die Juristen reden, restitutionem in integrum dagegen suchen. 2) Wenn der Tutor etwas von den Gütern des Pupillen veräussern will, so ist nöthig, daß er es der Obrigkeit anzeige, daß diese die Sache untersuche, und die Veräusserung erlaube, ein *decretum alienandi*, wie es heißt, ertheile. Die Ausnahmen dieses Satzes werden im siebenten Titel des zweyten Buches vorkommen.

§. 211. Ungültigkeit der Geschäfte des Tutors mit dem Pupillen.

Der Tutor darf mit dem Pupillen keinen Handel schließen, in rem suam auctor fieri nequit, sagen die Römischen Juristen. Denn der Tutor soll nur durch seine Einwilligung das, was dem Pupillen an Fähigkeit und Vorsicht abgeht, ersetzen; Tutor und Pupill werden daher als Eine Person angesehen, und niemand kann mit sich selbst einen Handel treffen. Dazu kommt, daß wenn der Tutor mit dem Pupillen Verträge und Geschäfte schließen dürfe, der Pupill in der größten Gefahr wäre, vervortheilt zu werden, weil der Tutor wahrscheinlich mehr auf seinen, als auf des Pupillen Nutzen sehen würde.

§. 212. Fortsetzung.

Der Vormund darf also 1) dem Pupillen nichts abkaufen. Diese Handlung ist in den Gesetzen streng verboten. Wenn der Kauf gelten soll, so muß er geschehen a) öffentlich; denn geschieht er heimlich, z. B. der Vormund stellt mich an, daß ich in meinem Namen, aber für ihn kaufen muß: so ist schon die Absicht einer Vervortheilung zu vermuthen; b) *bona fide*, das ist, auf solche Weise, daß der Pupill nicht leicht dabey vervortheilt werden kann. Der Vormund muß also entweder in einer öffentlichen Versteigerung, oder mit Vorwissen und Einwilligung der Mitvormünder, oder der nächsten Verwandten, oder der Obrigkeit kaufen. Auch wenn ein Dritter die Sache schon gekauft hat, aber den Kaufschilling nicht bezahlen kann: so darf der Vormund

die Sache für denselben Preis behalten. Kauft der Vormund nicht öffentlich oder nicht bona fide dem Pflegbefohlnen etwas ab, so muß er die Sache unentgeltlich wieder herausgeben, und noch dazu den vierfachen Werth erlegen; wiewohl das letztere heutzutage nicht beobachtet wird (§. 1127.). Ist der Kauf auch gleich auf die gehörige Art geschlossen worden, der Vormund hat aber zu wohlfeil gekauft, so kann ihn der Pflegbefohlne actione tutelae belangen (*¹). 2) Wenn der Tutor mit dem Pupillen in Proceß geräth, so wird zur Führung desselben dem Pupillen ein Beystand gegeben, welcher *curator in litem* heißt. Hat der Pupill mehr als einen Vormund, und bekommt mit einem allein Proceß, so führt denselben der andere Vormund.

Die Anmerkung sagt: der Fall, daß der Pupill während der Vormundschaft mit dem Tutor Proceß führt, ist selten. Denn wenn ich zum Vormund über einen Unmündigen bestellt werde, an welchen ich eine Forderung habe, oder welcher eine an mich hat: so muß ich dieselbe der Obrigkeit anzeigen, damit die Sache untersucht und ins Reine gebracht werde (§. 245.). Indessen ist es doch möglich, daß während der Vormundschaft ein Proceß zwischen dem Vormund und Pupillen entsteht. Man denke sich z. E. den Fall, daß der Pupill zum Erben eingesetzt wird, und der Vormund an die Erbmasse eine Forderung macht.

(1) Die hieher gehörigen Gesetze sind L. 34. §. 7. L. 46. de contrah. emt. L. 5. et 6. de auctorit. tut. L. 56. de administrat. tut. L. 2. §. 8. pro emt. L. 5. C. de contrah. emt. (IV. 38). S. *Bardili* diss. de auctorit. tut. §. 26. sqq.

§. 213. Deutsches Recht.

1) Die Einwilligung des Vormundes ist bey uns keine feyerliche Handlung, gesetzt auch, daß sie es bey den Römern gewesen wäre. Daß aber deswegen die Verordnung des Römischen Rechtes: auctoritas tutoris interponenda est statim, pure, a tutore praesente, heutigestages wegfalle, glaube ich nicht. Denn ich glaube nicht, daß sie aus dem Begriff einer feyerlichen Handlung geflossen ist (*¹). Indessen wird die Frage selten vorkommen. Denn 2) der Unterschied zwischen einem Pupillen, der noch ein Kind ist, und dem, welcher die Kinderjahre zurückgelegt hat, wird in Deutschland selten beobachtet. Unsere Vormünder verrichten alle vormundschaftlichen Geschäfte selbst, und nehmen den Pupillen, wenn er gleich kein Kind mehr ist, fast nie dazu. Dieß thun auch die curatores den Minderjährigen. Sie ziehen den Minderjährigen alsdann nur zu den Geschäften, wenn er der Großjährigkeit nahe ist, und die Curatoren wünschen, daß er von den Geschäften und dem Zustand seines Vermögens Kenntniß bekomme.

(1) Man s. *Lauterbach* coll. th. pr. lib. 26. tit. 8. §. 8. und Cramers N. St. 73. Th. 160 Seite. — — Wir folgen in Teutschland dem strengen Grundsatze des Römischen Rechts nicht, daß man durch fremde freye Personen keine

Rechte und Verbindlichkeiten erlangen könne (738.); daher auch die im §. angeführte Vorschrift in Ansehung einer bey uns ganz unnöthigen Rechtsform in der Anwendung nicht gültig seyn kann. W.

TIT. XXII.
QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

§. 214. Allgemeiner Grundsatz in dieser Lehre.

Der Endzweck der Tutel ist, daß der Pupill erzogen, und sein Vermögen ordentlich verwaltet werde. Sobald also diese Erziehung und Administration unmöglich, oder unnöthig wird: so hört die Tutel auf.

§. 215. Folgen daraus.

Sie hört daher 1) auf, wenn der **Vormund** oder der **Pupill stirbt**. Allein sind die Erben des verstorbenen Vormundes nicht befugt, oder gar verpflichtet, die Tutel fortzusetzen? Nein; der Vater und die Obrigkeit, wenn sie einen Vormund ernennen, sehen auf seine persönliche Eigenschaften, und geben ihm um deren willen die Vormundschaft. Diese aber gehen nicht auf die Erben über. Auch die Gesetze, welche den nächsten Verwandten die Vormundschaft übertragen, glauben, daß er aus Liebe zum Pupillen sie am besten führen werde, und als Erbe desselben vorzüglich zur Uebernahme dieser Last verbunden sey. Beyde Gründe passen aber nicht auf den Erben des gesetzlichen Tutors. Sind diese Erben ebenfalls Verwandte des Pupillen, und jetzt, nachdem der gesetzliche Vormund gestorben ist, die nächsten Verwandten, so kommen sie zur Tutel, aber nicht als **Erben des verstorbenen Vormundes**, sondern als **die nächsten Verwandten**.

§. 216. Fortsetzung.

Die Tutel hört 2) auf, wenn der Pupill irgend eine, der Vormund aber die größte oder mittlere **Capitis Deminution** leidet. Denn wenn der Pupill die Freyheit verlieret, ins Exilium geschickt wird, oder in die väterliche Gewalt kommt, so bedarf er keines Vormundes mehr. Und wenn der Vormund Freyheit oder Bürgerrecht verliert, so kann er die Vormundschaft nicht mehr führen (§. 169.). Die geringste Capitis Deminution des Vormundes hingegen macht der Tutel kein Ende. Denn wenn der Tutor diese leidet, so kommt er entweder in die väterliche Gewalt, oder wird emancipirt. Weder das eine aber, noch das andere macht ihn unfähig, die Tutel fortzuführen.

§. 217. Fortsetzung.

Der dritte Umstand, wodurch die Tutel geendiget wird, ist die **Mündigkeit des Pflegbefohlnen**. In diesem Falle sagen die Juristen: *pupillus in tutelam suam venit*. Vormals wurde unter den verschiedenen juristischen

Secten, den Proculejanern und Cassianern gestritten: ob man die Mündigkeit aus den Jahren, oder aus der Beschaffenheit des Körpers beurtheilen sollte? Die Proculejaner wollten auf die Jahre, die Cassianer hingegen auf den Körper, auf die Fähigkeit, das Geschlecht fortzupflanzen, Rücksicht genommen haben. Sie verlangten daher, daß man die Geburtstheile besichtigen sollte, wenn man wissen wollte, ob ein Mensch mannbar oder mündig sey (*1). Ein Jurist, Priscus (man weiß nicht, ob Neratius Priscus oder Javolenus Priscus) behauptete, man müsse beydes zugleich in Betrachtung ziehen (*2). Justinian gab deßwegen eine Verordnung (*3), billigte die Lehre der Proculejaner, und setzte fest, daß eine Mannsperson nach zurückgelegtem 14ten, eine Weibsperson nach vollendetem 12ten Jahre mündig werden sollte. Doch giebt es Fälle, wo zur Mündigkeit 18 Jahre bey den Mannspersonen, und 14 bey den Weibspersonen erforderlich sind. Dahin gehört, 1) wenn jemand adoptiren will (§. 146.). 2) Wenn einem die Alimente bis zur erlangten Mündigkeit vermacht sind. Denn in diesem Falle bekommt sie eine Mannsperson, bis sie 18, eine Weibsperson bis sie 14 Jahre alt ist (*4).

(1) *Bynkershoek* lib. 3. obs. 24. *Ianus Sylva* de Iustiniano et Triboniano, deque iis, quae ad finiendam pubertatem spectant. Ticin. 1782.
(2) *Ulp.* Fragm. tit. 11. §. 28.
(3) L. ult. cod. quand. tut. vel. cur. esse desin. (V. 60.)
(4) L. 14. §. 1. D. de aliment. legat.

§. 218. Fortsetzung.

Ein testamentarischer Tutor kann auf gewisse Zeit, und bis zur Existenz einer gewissen Bedingung bestellt werden. Wenn dieß geschehen ist, und die bestimmte Zeit ist verflossen, oder die Bedingung existirt: so hat sein Amt ein Ende. Auch wenn die Obrigkeit einen Interimstutor gegeben hat (§. 179.): so hört sein Amt auf, sobald der testamentarische oder gesetzliche das seinige antritt. Daß die Tutel der Mutter und Großmutter aufhört, wenn sie zur zweyten Ehe schreiten, haben wir oben gehört (§. 169.).

§. 219. Fortsetzung.

Ferner kann auch die Tutel durch die Excusation und Remotion des Vormundes ein Ende nehmen. Wir werden von jener im 25., von dieser im 26. Titel dieses Buches Nachricht erhalten. Endlich die Tutel der Mutter und Großmutter hört auf, sobald sie zur zweyten Ehe schreiten (§. 169.).

§. 220. Von der Rechnungsablage.

Der Vormund verwaltet des Pupillen Vermögen. Nun muß aber jeder Verwalter fremder Güter Rechnung ablegen, folglich auch der Vormund. Dieß geschah bey den Römern nicht eher, als wenn die Tutel geendigt wurde. Kam der Vormund seiner Verbindlichkeit nicht nach, und legte gar keine Rechnung

ab: so wurde *actio tutelae*, oder, wie es auch heißt, *iudicium tutelae* angestellt. Wenn er hingegen unrichtige Rechnung ablegte, etwas von dem Vermögen des Pupillen unterschlug, mehr in die Ausgabe, und weniger in die Einnahme brachte, als er sollte: so wurde er *actione rationibus distrahendis* (nicht de rationibus distrahendis, wie man insgemein sagt) belangt, daß er die Rechnung berichtigen, und doppelt ersetzen sollte, was er hatte unterschlagen wollen (*1).

(1) Von dieser Klage, und insonderheit ihrem Namen s. *Bynkershoek* obs. lib. 6. cap. 8. *Voorda* elector. cap. 16. *Rygerbos* fascic. obs. iur. cap. 4. et 5. *Püttmann* probabil. lib. 2. cap. 13. p. 102. Distrahere rationes heißt die Rechnungen untersuchen, so wie Cicero (pro Caecina cap. 2.) sagt: controversias distrahere. Auch wenn die Obrigkeit Rechnungen aufgenommen hat, und der Pupill eine Unrichtigkeit beweisen will, wird er gehört. *Pufendorf* tom. 4. obs. 98.

§. 221. Deutsches Recht.

Von dem heutigen Gebrauch dieses Titels ist zu bemerken: 1) die Vormundschaft wird in Deutschland durch die Mündigkeit nicht geendigt. Wenn der Pflegbefohlne mündig wird, so trägt sich keine Veränderung zu; der bisherige Vormund führt sein Amt fort, nach wie vor, bis in das 25ste Jahr (S. jedoch §. 230.). Ob er es aber führen müsse, oder ob er verlangen könne, daß man einen Andern zum Curator bestelle, ist eine andere Frage. Man sehe §. 246. 2) Die Vormundsrechnung soll nach der Reichspolizeyordnung alle Jahre abgelegt werden. Nur in dem Falle, wenn das Vermögen sehr gering ist, läßt man, um die Kosten zu sparen, die Rechnung einiger Jahre zusammenkommen. 3) Legt der Vormund keine Rechnung ab, so hält ihn die Obrigkeit von Amtswegen dazu an, und es ist keine actio tutelae nöthig. Ist die Obrigkeit in Erfüllung ihrer Pflicht saumselig, so können die Verwandten des Pflegbefohlnen Vorstellung thun. 4) Die actio rationibus distrahendis kann nicht auf den doppelten Ersatz angestellt werden (§. 1127. (*1). Wenn indessen der Vormund betrüglich gehandelt hat, so kann ihn die Obrigkeit zur Strafe ziehen.

(1) *Boehmer* tract de act. sect. 2. cap. 6. §. 22. x. zweifelt an der Richtigkeit dieses Satzes, da er doch vorher (sect. 1. cap. 3. §. 11.) behauptet, daß alle Klagen auf das Doppelte in Deutschland wegfallen.

TIT. XXIII.
DE CURATORIBUS.

§. 222. Was ist cura, curatio, procuratio?

1) Cura, curatio, curatela, procuratio im allgemeinen Verstande ist jede Besorgung fremder Geschäfte, jede Verwaltung fremder Güter.

2) Sie

2) Sie ist zweyerley; entweder a) hat mir der Eigenthümer, der, welchen das Geschäft angehet, die Verwaltung und Besorgung übertragen; oder b) nicht; ich bin vom Gesetzgeber oder von der Obrigkeit dazu bestellt. Im ersten Falle ist *procuratio* im eigentlichen Verstande, im zweyten *cura*, *curatio*, *curatela* in engerer Bedeutung vorhanden. Diese letztere ist ein munus publicum, so wie die Tutel.

3) In Ansehung des Gegenstandes ist die Curatel von doppelter Art. Sie ist nemlich entweder mit einer Aufsicht über eine Person verbunden, oder nicht. Jene heißt *cura mixta*, diese *cura realis*.

4) Bloße Realcuratelen sind die cura *absentis*, cura *ventris*, cura *massae*, und cura *pupillaris*. Wenn nemlich jemand abwesend ist, man von seinem Aufenthalt keine Nachricht hat, und er Vermögen besitzt, das administrirt werden muß: so wird dazu jemand bestellt, welcher curator absentis heißt. Was curator ventris ist, wird unten §. 656. erklärt werden. Ein curator massae wird bestellt, wenn jemand in Concurs fällt, um das vorhandene Vermögen so lang zu verwalten, bis die Vertheilung unter die Gläubiger geschehen kann. Die cura pupillaris endlich findet Statt, wenn ein Pupill zwar einen Vormund hat, aber doch gewisser Umstände wegen noch eines Beystandes bedarf, z. B. wenn der Pupill mit dem Vormund in Proceß geräth (§. 212.), wenn der nächste Verwandte des Pupillen die Vormundschaft übel führt (§. 253.), wenn der Vormund in öffentlichen Angelegenheiten verreisen muß (§. 242.). Man s. §. 5. I. h. t.

5) Die Curatel, welche mit einer Aufsicht über die Person verbunden ist, wird entweder auf Verlangen der Person bestellt, oder ohne, und zuweilen gegen ihr Verlangen. Von der ersten Art ist die Curatel kranker, blinder, stupider und taubstummer Personen. Sie erhalten der Regel nach nur einen Curator, wenn sie darum bitten (**). Auch die Curatel der Minderjährigen gehört nach Römischem Rechte gewissermassen hierher. Von der letzten Art hingegen ist die Curatel der Blödsinnigen, der Verschwender, heutigestages der Minderjährigen, und in Sachsen der Weibspersonen. S. die Tabelle 9. a.

6) In Rücksicht auf das Fundament ist die Curatel entweder die gesetzliche (legitima), oder von der Obrigkeit gegebene (dativa). Unter einer gesetzlichen Curatel standen gewisse Arten von Blödsinnigen und Verschwendern. Alle übrige Gattungen der Curatel sind dativ (*). Eine testamentarische Curatel kennt das Römische Recht nicht. Denn die Gesetze der 12 Tafeln erlauben dem Vater nur über die Tutel seiner Kinder zu disponiren, von Curatel sagen sie nichts. L. 7. C. *de testam. tut.* bemerkt ausdrücklich: Curatorem inutiliter in testamento dari non ambigitur. Wenn in-

dessen der Vater den Kindern einen Curator ernannt hatte, und sie ihn haben wollten: so wurde er von der Obrigkeit bestätigt (*2).

(1) *Otto* ad §. 4. I. h. t. *Sande* lib. 2. tit. 1. def. ult. *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de curat. §. 20. *Io. Luttringhausen* diss. de administratoribus a iuvenibus sanae quidem mentis, sed vitio corporis laborantibus electis atque a iudice confirmatis, iure curatorum minorum non aestimandis (Marb. 1765.) §. 7. sqq.

(*) Nach dem neuern Römischen Rechte ist jede Curatel eigentlich dativ. §. 3. I. h. t. verb. *sed hodie*. L. 1. D. de curat. furios. etc. dandis (XXVII. 10.), womit auch L. 12. u. 13. ibid. füglich zu vereinbaren sind, da die Obrigkeit ohne besondere Gründe den nächsten Verwandten, oder den im Testament geordneten Curatoren keinen andern vorzieht. §. 1. I. h. t. L. 3. §. 5. D. de admin. et per. tut. (XXVI. 7.) *Huber* ad Instit. h. t. n. 6. W.

(2) *Rotgersii* diatr. ad L. 6. de confirm. tutor. in *Ejusd.* apodict. demonstrationibus, lib. 2. p. 692. sqq.

§. 223. Curatel der Blödsinnigen.

Die erste Art von Curatelen, die wir zu betrachten haben, ist die Curatel der **Wahnwitzigen**. Schon die Gesetze der 12 Tafeln sagen in der 5ten Tafel: si furiosus aut prodigus existat, ast si custos nec escit, das heißt nach der richtigern Erklärung, wenn ein Mensch blödsinnig ist, und weder unter der väterlichen Gewalt, noch, weil er mündig ist, unter der Tutel steht (agnatorum gentiliumque in eo pecuniave eius potestas esto. Man muß aber nicht glauben, wie die erste Anmerkung sagt, daß alle Blödsinnige ihre gesetzliche Curatoren gehabt hätten. Aus Ulpians Fragmenten (*1) sieht man, daß nur die freygebohrnen und von ihrem Vater nicht emancipirten Blödsinnigen dergleichen hatten. Warum aber nur diese? Nirgends habe ich diese Frage beantwortet gefunden. Die Ursache liegt meines Erachtens darin: die Freygelassenen hatten keine Agnaten; denn ein Sklave hatte keine Agnaten (§. 115. Anmerk. 3.); wie konnte er durch seine Freylassung dergleichen bekommen? Da ferner die Emancipation das ius agnationis aufhob, so hatten auch die emancipirten Kinder keine Agnaten. Nach den Gesetzen der 12 Tafeln aber sollten doch die Agnaten die Curatoren des Blödsinnigen seyn. Daraus ist also klar, warum nur die freygebohrnen und nicht emancipirten Blödsinnigen in den Gesetzen der 12 Tafeln gemeynt seyn konnten (*2). Weil indessen andere Blödsinnige eben so sehr eines Curators bedurften, so gab ihnen der Prätor einen.

In der zweyten Anmerkung steht: nach dem alten Römischen Recht waren die Agnaten und Gentilen *ipso iure* die Curatoren des blödsinnigen Verwandten; es war keine obrigkeitliche Untersuchung und Bestellung nöthig. Weil aber zuweilen die Verwandten einen Menschen für blödsinnig ausgaben, der es doch nicht war, und sich widerrechtlich der Curatel über ihn anmaßten:

so wurde verordnet, daß die Obrigkeit den Blödsinnigen einen Curator, nach vorhergegangener Untersuchung, geben sollte. Wenn indessen die nächsten Verwandten zur Curatel tüchtig waren, so übergieng man sie nicht, sondern zog sie den Fremden vor.

(1) Bey Schulting in iurispr. anteiustin. p. 605.

(2) Progr. de L. Laetoria et cura minorum §. 2. Ich muß bey dieser Gelegenheit zwey Druckfehler in diesem Programm anmerken, welche den Sinn verdunkeln. S. 3. §. 2. Zeile 1. ist zu lesen: *prodigis* de curatore prospexisse etc. und S. 20. muß es heißen: (1) furiosos ingenuos nec emancipatione sui iuris factos, (2) *prodigos ingenuos nec emancipatos.* Praetor ergo etc.

§. 224. Curatel der Verschwender.

Auch die Verschwender sollen nach den Gesetzen der 12 Tafeln einen Curator bekommen, sobald ihnen der Prätor die eigene Verwaltung ihres Vermögens genommen hat (bonis interdixit eis). Wenn nemlich ein Mensch mit seinem Vermögen so übel wirthschaftet, daß man voraus sieht, er werde sich an den Bettelstab bringen: so ist er nicht besser, als ein Wahnwitziger; die Obrigkeit ist also befugt und schuldig, ihm die Administration des Vermögens zu nehmen (*1). Nach den Gesetzen der zwölf Tafeln kommt ein solcher gerichtlich erklärter Verschwender unter die Curatel seiner Agnaten. So wie aber nach diesen Gesetzen nicht alle Blödsinnige, sondern nur die freygebohrnen, und nicht emancipirten unter der gesetzlichen Curatel der Agnaten standen; so war eben dieses auch bey den Verschwendern Rechtens. Die Ursache ist dieselbe wie bey den Blödsinnigen. Die 12 Tafelgesetze gaben den Agnaten die Curatel; Freygelassene und Emancipirte aber hatten keine Agnaten. Der Prätor trat also auch hier ins Mittel, und gab den freygelassenen und emancipirten Verschwendern einen Curator.

(1) Was eigentlich erfordert wird, um einen Menschen gerichtlich für einen Verschwender zu erklären, zeigt *Leyser* spec. 349. med. 1. 2. vergl. Klein Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelahrtheit XIII. 304. von Bülow und Hagemann practische Erörterungen III. 48.

§. 225. Curatel der Minderjährigen.

Unter den Curatelen ist die vornehmste die *cura minorum* (*). Das Lätorische Gesetz, dessen Autor und Alter ungewiß sind, verordnet, daß man den stupiden und liederlichen Minderjährigen Curatoren geben solle. Wenn ein Minderjähriger rasend, oder von der Obrigkeit für einen Verschwender erklärt war: so bekam er schon vor dem Lätorischen Gesetze einen Curator, eben sowohl als ein majorenner Wahnwitziger oder Verschwender. Wenn er hingegen nur stupid, das heißt, von einem sehr stumpfen schwachen Verstande war, oder leichtsinnig oder unordentlich in seiner Wirthschaft, ohne doch ein förmlicher Verschwender zu seyn: so sollte er vermöge des Lätorischen

Gesetzes einen Pfleger erhalten. Kayser Marcus Antoninus änderte dieses; indem er verordnete, daß jeder Minderjährige auf sein Verlangen einen Curator bekommen sollte (*1). Vorher war es schimpflich einen Curator zu haben; denn man wurde dadurch in die Classe der stupiden oder liederlichen Jünglinge versezt. Dieses Schimpfliche nahm Antonin von der Curatel weg. Ein Jüngling konnte nun um einen Curator bitten, ohne sich in den Verdacht eines schwachen Verstandes, oder einer schlechten Wirthschaft zu setzen.

(*) Die cura aetatis ist entweder *plena*, oder *minus plena*. Erstere betrift hauptsächlich das ganze Vermögen des Minderjährigen, und ist nebenher — secundario — mit einiger Vorsorge für die Person desselben verbunden. Leztere wird dem Minderjährigen nur in gewissen Verhältnissen beygeordnet. Von der plena ist hier eigentlich die Rede, und darauf beziehen sich die im §. angeführten Gesetze. Zur minus plena gehört besonders 1) wenn dem Minderjährigen oder Unmündigen zu einem Geschäfte, welches der ordentliche Vormund nicht füglich besorgen kann, ein Curator gegeben wird. L. 3. C. In quib. casib. tutorem hab. tutor. vel curat. dari pot. (V. 36.) L. 3. §. 2. D. *de tutel.* Nov 72. Cap. 2. Dieser kam sonst unter der Benennung tutor praetorianus oder praetorius vor. *Ulpian.* Fragm. XI. 24. §. ult. I. *de auctorit. tutor.* 2) Wenn Minderjährigen oder unmündigen Kindern, die noch unter väterlicher Gewalt sind, wegen gewisser von der väterlichen Verwaltung ausgenommener Güter ein Curator beygeordnet wird. Nov. 117. cap. 2. W.

(1) Ut omnes adulti curatores acciperent *non redditis causis*, wie Capitolinus am a. O. sagt. Wenn die Verwandten um einen Curator baten, so führten sie zur Ursache an, daß der Minderjährige von schwachem Verstande oder ein schlechter Haushälter sey. Erbat sich aber dieser selbst einen Curator, so hatte er nicht nöthig, eine dieser Ursachen von sich anzugeben. *Schroeder* obs. iur. civ. p. 29.

§. 226. Die Minderjährigen bekamen nur einen Curator, wenn sie wollten.

Also ein Minderjähriger bekam keinen Curator gegen seinen Willen, sondern nur alsdann, wenn er darum bat. Verschiedene in der Note des Lehrbuches angeführte Juristen (*1) behaupten zwar das Gegentheil, und glauben, ein Minderjähriger habe müssen um einen Curator bitten. Allein ohne Grund. Nur einige Fälle waren ausgenommen, wo ein Minderjähriger einen Curator haben mußte. Nemlich 1) wenn er einen Proceß bekam. Denn ein Minderjähriger konnte ohne Curator nicht vor Gericht erscheinen, und der Richter durfte gegen ihn keine Sentenz fällen, wenn er keinen Curator zum Beystand hatte. 2) Wenn ein Schuldner dem Minderjährigen etwas zu bezahlen hatte. Denn hat der Minderjährige ohne Curator die Zahlung angenommen, und das Erhaltene verschwendet: so muß der Schuldner noch einmal bezahlen. Wer also einem Minderjährigen etwas zu bezahlen hat, kann verlangen, daß er sich zu dieser Handlung einen Curator bestellen lasse, der für die nützliche

Verwendung des Bezahlten sorge. 3) Wenn der Tutor Rechnung ablegen will. Denn diese kann ihm der Minderjährige allein nicht abnehmen, er bedarf dazu des Beystandes eines Curators. Einen beständigen Curator hatten also die Minderjährigen nöthig. Indessen haben wahrscheinlich doch die meisten um beständige Curatoren gebeten, weil sie sonst bey Verwaltung ihres Vermögens zu viel Hindernisse fanden, und zu oft genöthigt wurden, der ebengedachten Handlungen wegen die Obrigkeit anzugehen. Hatte nemlich der Minderjährige keinen beständigen Curator, so mußte er jedesmal, so oft er Proceß bekam, oder Zahlungen annehmen wollte, sich einen Specialcurator bestellen lassen. Atque haec inevitabilis difficultas, qua minores curatoribus destituti impliciti sunt, schreibt Huber (*2), in causa fuit, ut regimen curatorum in adolescentibus tamquam ordinarii iuris commemoretur.

(1) Außer diesen auch *Schroeder* observat. p. 28. Sie gründen sich hauptsächlich auf L. 33. §. 1. *D. de administr. et peric. tut.* wo es heißt: officium tutorum curatoribus constitutis finem accipit; auf L. 6. §. 5. *D. eod.* wo Ulpian sagt: sacris constitutionibus is, qui tutelam administravit, iubetur, pupillum suum puberem factum admonere, ut sibi curatores petat; und auf L. 1. §. *ult. D. de minor.* wo gesagt wird: hodie in aetatem usque viginti quinque annorum adolescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suae administratio committi debebit, quamvis bene rem suam gerentibus. Allein diese Stellen beweisen nichts. Denn daß die Tutel aufhört, wenn ein Curator bestellt ist, beweißt nicht, daß der letzte nothwendig, auch gegen des Minderjährigen Willen, bestellt werden müsse. Der Tutor mußte freylich den Pupillen erinnern, daß er um einen Curator bat; weil dieser dem Tutor die Rechnung abnahm. Sobald aber, als dieses geschehen war, hatte sein Amt ein Ende, wofern ihn nicht der Minderjährige behalten wollte. L. 1. §. *ult. de minor.* redet nicht von curatoribus *constituendis*, sondern *constitutis*. Wenn der Minderjährige einmal einen beständigen Curator erbeten und bekommen hatte: so konnte er ihn nicht wieder abdanken, sondern mußte ihn bis zu erreichter Großjährigkeit behalten. Dagegen haben wir die deutlichsten Stellen für unsere Meynung. L. 12. §. *ult. D. de tut. et curat. dat.* sagt: minoribus *desiderantibus* curatores dari solent. In der L. 43. § 3. *D. de curator.* heißt es: is, qui curatorem praesenti petit, non aliter audietur nisi *adulto consentiente.* Und in der *Leg.* 3. *Cod. de in int. restit. minor.* (II. 22.) wird ein Unterschied gemacht unter Minderjährigen, die einen Curator haben, und solchen, die keinen haben. Endlich §. 2. I. h. t. sagt ausdrücklich: inviti adolescentes curatores non accipiunt. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. S. 308. rc. der 2. Ausg.

(2) *Huber* auspic. domest. p. 77.

§. 227. Pflicht des Curators.

Ein Curator ist nicht wie der Tutor zur Erziehung und Aufsicht über eine Person, sondern zur Administration des Vermögens bestellt. In-

dessen bemerke man: 1) die Curatoren eines Blödsinnigen und Kranken sind von dieser Regel ausgenommen. Diese müssen für die Person ihres Curanden eben so besorgt seyn, als für die Verwaltung seines Vermögens. 2) Auch der Curator eines Minderjährigen darf sich der Sorge für die Person des Curanden nicht ganz entschlagen. Folgen jener Regel sind: der Curator ertheilt nicht *auctoritatem*, sondern *consensum*; das heißt, die Einwilligung des Curators in eine Handlung des Curanden wird nicht auctoritatis interpositio, wie bey dem Tutor, sondern consensus genannt (*1); und was wir oben (§. 207.) hörten, der Tutor müsse bey dem Pupillen gegenwärtig seyn, wenn er auctoritatem ertheilet, das ist bey der Consensertheilung des Curators nicht vorgeschrieben. Wenn der Curand in Abwesenheit des Curators einen Handel geschlossen, und der Curator seine Einwilligung in einem Briefe gegeben hat, so kann der Handel, der Abwesenheit des Curators wegen, nicht angefochten werden (*2). Eine zweyte Folge ist: wenn ein Mensch, welcher unter der Curatel stehet, etwas unternimmt, was blos seine Person angehet: so ist es, auch ohne des Curators Einwilligung, gültig.

Wenn nemlich die Frage entsteht: in wie weit ein Minderjähriger verpflichtet werde, und einen Andern verpflichten könne? so bemerke man (Tab. IX. b.): a) Ein Minderjähriger kann so gut wie der Pupill einen Andern verpflichten, also eine Schenkung acceptiren, sich eine Schuld remittiren lassen ꝛc. b) Wenn die Verpflichtung eines Minderjährigen aus der Sache selbst entsteht: so ist sie gültig ohne des Curators Einwilligung. Was dieser Ausdruck sagen will, habe ich oben (§. 209.) erklärt. c) Ist hingegen die Rede von einer Verbindlichkeit, die sich auf einen Vertrag des Minderjährigen gründet, und dieser hat keinen Curator: so wird er durch seinen Vertrag gültig verpflichtet. d) Hat der Minderjährige einen Curator, und hat mit dessen Einwilligung einen Vertrag geschlossen: so wird er verbunden. e) Ist der Vertrag ohne des Curators Einwilligung geschlossen, und betrifft bloß die Person des Minderjährigen, z. E. der Minderjährige schließt ein Eheverlöbniß: so ist er gültig. f) Betrifft endlich der vom Minderjährigen ohne Zuziehung des Curators geschlossene Vertrag sein Vermögen: so ist er ungültig (*3). Uebrigens ist zu bemerken, 1) daß in allen Fällen, wo der Minderjährige auch aus einem Vertrage verpflichtet ist, er sich doch, wenn ihm der Vertrag schädlich ist, dagegen in integrum kann restituiren lassen (§. 1069.); 2) daß, wenn Güter eines Minderjährigen veräussert werden sollen, dazu, der Regel nach, ein obrigkeitliches Decret erforderlich ist (§. 419.).

(1) Doch wurde in den neuern Zeiten das Wort auctoritas auch von der Einwilligung der Curatoren gebraucht. *Toullieu* diss. de auctoritate curatorum aetatis, in collectan. n. 8. p. 269. sqq. *Püttmann* in probabil. lib. 1. c. 21.

(2) Die übrigen Vorschriften, auctoritas interponenda est *statim* et *pure*, lie-

gen in der Natur der Sache, und müssen daher eben sowohl bey dem Consens des Curators, als der Autorität des Tutors gelten. — — Die Gesetze haben indeß den Consens des Curators an diese Form nicht gebunden. Er wird auch nicht, wie auctoritas *tutoris* ertheilt, um einen mangelhaften Willen, den man eigentlich bey Minderjährigen nicht annimmt (§. 737. Note 1.), zu ergänzen, sondern um den Nachtheil zu verhüten, dem sie bey unzulänglicher Erfahrung und desto größerer Flüchtigkeit - lubrico iudicio - ausgesetzt sind. Daher die Gründe hier wegfallen, welche jene Form bey der auctoritas tutoris veranlaßten. (§. 205. 207.) W.

(3) Von den Verträgen der Minderjährigen s. man unten §. 737.

§. 228. Wie die Curatel aufhört.

Die Tutel hört auf, wenn der Pflegbefohlne mündig wird; die Curatel, **wenn die Ursache wegfällt, weswegen der Curator bestellt war.** Also die Curatel des Minderjährigen nimmt ein Ende, wenn er die Großjährigkeit erreicht, das heißt, das fünf und zwanzigste Jahr zurückgelegt hat. Doch erhält zuweilen ein Minderjähriger bey dem Landesherrn *veniam aetatis*, die **Jahrgebung**, einen **Majorennitätsbrief**; das heißt, der Landesherr giebt ihm die Rechte eines Großjährigen, ehe er noch 25 Jahre alt ist. Nun kann er alles ohne Curator thun, was er zuvor nicht anders, als mit Einwilligung des Curators gültig thun konnte. Die Curatel der **Wahnwitzigen** hört auf, wenn sie den Gebrauch ihres Verstandes erhalten; die Curatel der **Kranken**, wenn sie wieder zur Gesundheit gelangen; die Curatel der **Verschwender**, wenn sie Hoffnung geben, daß sie in Zukunft ordentlich wirthschaften werden, und die Obrigkeit ihnen die eigene Verwaltung ihres Vermögens wieder überläßt.

Die Anmerkung sagt: das Lätorische Gesetz hat zuerst den Termin der Majorennität auf das fünf und zwanzigste Jahr gesetzt. Des Gesetzgebers Grund, wie G u n d l i n g muthmaßt, [illegible], weil er hundert Jahre für das höchste Ziel des menschlichen Lebens annahm, und das Leben in vier Alter abtheilte, deren erstes von der Geburt bis ins fünf und zwanzigste Jahr; das andere von 25 – 50; das dritte von 50 – 75, und das letzte von 75 – 100 reichte.

§. 229. Klagen, welche aus der Curatel entstehen.

Wenn der Tutor die Rechnungsablage ganz unterläßt, so geben die Gesetzgeber gegen ihn *actionem tutelae*, und wenn er eine unrichtige Rechnung abgelegt hat, *actionem rationibus distrahendis* (§. 220.). Diese Klagen sind von den Rechtsgelehrten auch auf die Curatel ausgedehnt worden. Er also kann auch actione tutelae und actione rationibus distrahendis belangt werden, nur mit dem Unterschied, 1) daß die Klagen in jenem Fall actiones *directae*, in diesem aber *utiles* heißen (*1). Denn eine Klage, die sich ausdrücklich in einem Gesetz gründet, heißt, wie wir oben (§. 55.) sahen, actio directa; eine Klage aber, die von den Rechtsgelehrten auf einen im Gesetz nicht ausdrücklich enthaltenen Fall ausgedehnt wird, wird utilis genannt.

Auch können 2), sagt unser Autor, diese Klagen während der Curatel angestellt werden, anstatt daß sie gegen den Tutor erst nach geendigter Tutel angestellt wurden. Allein dieser Satz ist nach dem Römischen Recht zweifelhaft (*²). Nach Deutschen Rechten ist es gewiß, daß gegen den Curator auch während seiner Amtsführung geklagt werden könne.

(1) Sie heißt utilis curationis causa actio in der L. 3. C. arbitr. tut. (V. 51). Uebrigens kann auch utilis negotiorum gestorum actio gegen den Curator angestellt werden. L. 7. C. eod.

(2) Nach verschiedenen Stellen der Pandecten L. 26. de administrat. et peric. tut. L. 1. §. 3. de contrar. tut. et util. act. L. 16 §. 1. de tutel. et rat. distr. kann gegen den Curator auch während der Curatel geklagt werden. Hingegen L. 14. C. de administr. tut. (V. 37.) sagt: rationes curae administratae ante impletum quintum et vicesimum annum durante officio posci iure non posse, manifestum est. Man s. *Cuiac.* Obs. lib. 17. cap. 7. *Pacii* enantioph. IX. 63. *Huber* digress P. 2 lib. 1. cap. 28. *Voet.* ad P. tit. de tutel. et rat. distr. §. 20. *Schilter* Ex. 32. th. 173. *Noodt* eod. tit. p. 576. *Engelbrecht* Exerc. ad Inst. p. 106. *Quir. Gotfr. Schacher* diss. de utili curationis causae actione Lips. 1735. *Heinecc.* diss. de suprema principum magistratuumque tutela §. 29. in opusc. pag. 731.

§. 230. Deutsches Recht.

Im alten Deutschland hat man den Unterschied zwischen Tutor und Curator, den die Römer hatten, nie gemacht. Die Vormundschaft dauerte bis zur Majorennität (*¹). Pufendorf (*²) behauptet zwar, die Deutschen hätten so wie die Römer zwischen Pupillen und Minorennen distinguirt, und der Minorenne habe nach erlangter Pubertät sich einen Curator wählen können, wenn er gewollt habe. Aber diese Meynung hat Kortholt (*³) hinlänglich widerlegt. So viel ist gewiß, daß heu[illegible]tages kein Unterschied unter Tutoren und Curatoren gemacht wird. Wer die Aufsicht über einen Unmündigen und sein Vermögen hat, heißt Vormund; und eben so der, welcher das Vermögen eines mündigen, aber noch minorennen Menschen verwaltet. Wenn der Pupill mündig wird, so sieht man nicht die geringste Veränderung in der Vormundschaft vorgehen (*⁴); und es ist keine neue Confirmation nöthig (*⁵). Indessen ist doch der Römische Satz: curator primario datur rei, mit seinen im §. 227. angeführten Folgen auch in Deutschland angenommen. Der Curator muß nicht bey dem Geschäfte gegenwärtig seyn; er kann seinen Consens auch abwesend durch einen Brief oder Boten ertheilen. Handlungen, welche blos die Person des Minderjährigen betreffen, sind auch ohne des Curators Einwilligung verbindlich (*⁶).

(1) Der Termin der Großjährigkeit war nach dem alten Sachsenrecht das zurückgelegte 21ste Jahr, nach den Rechten anderer Provinzen das 16te, 18te 20ste und 25ste Jahr. Als das Römische Recht eingeführt wurde, nahm man

man in den meisten Provinzen den Römischen Termin von 25 Jahren an; nur die Sachsen behielten ihr altes Recht bey. Daher fängt noch heutiges tages in Sachsen die Großjährigkeit mit der Vollendung des 21sten Jahres an. Die Churprinzen werden nach der güldenen Bulle majorenn, wenn sie 18 Jahre alt sind. Eben dieses ist in vielen Fürstlichen Häusern Rechtens, z. E. im Hause Hessen, Braunschweig, Anhalt (*7). Im Brandenburgischen werden die Adelichen mit dem geendigten 20sten Jahre majorenn. Nach einer neuen Oesterreichischen Verordnung soll das männliche Geschlecht nach dem Ablaufe des 20sten, das weibliche mit Zurücklegung des 18ten Jahres großjährig werden (*8).

3) In Deutschland bekommen die Minderjährigen auch gegen ihren Willen Vormünder. In der Polizeyordnung vom Jahr 1577. tit. 32. §. 1. heißt es: wollen wir allen und jeden Churfürsten, Fürsten ꝛc. befohlen haben, zu verordnen, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren und mannbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher gegeben werden. Nun wenden zwar Einige (*9) ein: in diesem Gesetze werde nicht verordnet, daß den Minderjährigen gegen ihren Willen Curatoren gegeben werden sollen. Allein dem sey, wie ihm wolle, so ist die Observanz in Deutschland ausser Zweifel und allgemein (*10).

(1) *Schilter* Exerc. 37. thes. 79. *Ludewig* diss. de tutela testam. et legitim. diff. II. *Beyer* de hodierna tutorum et curatorum differentia; in dissert. et opusc. num. 4. *Gaertner* diss. iure germanico inter tutores et curatores, pupillos et minores non distingui, Lips. 1732. *Heineccius* in elem. iur. germ. lib. 1. §. 340. sqq. *Leyser* sp. 327. Moser im Staatsrecht part. 18. pag. 137. sqq.

(2) *Pufendorf* obs. tom. 1. obs. 48.

(3) *Kortholt.* diss. de differentiis iuris romani et Heilbronnensis in tutelis, §. 20. sqq.

(4) Struben rechtl. Bed. part. 3. pag. 380.

(5) *Wernher* part. 6. obs. 389 pag. 65. — — Von der cura minus plena gilt auch in Deutschland unstreitig das im Römischen Rechte darüber Verordnete völlig (§. 225.); daß diese auch von der Tutel ganz verschieden sey, wird Niemand leugnen. In wie fern aber die cura plena davon zu unterscheiden sey, ist streitig. Die von dem Verfasser im §. hier angenommene Meynung vertheidigt auch besonders *I. F. de Meyer* comment. de eo quod interest inter tutelam et curam aetatis nec non inter impuberes et minores. Gött. 1792. Daß die Deutschen Rechte schon vor Einführung des Römischen Rechts diesen Unterschied eben so anerkannt hätten, läßt sich nicht beweisen; daß er aber, seitdem jene Einführung geschehen war, in Reichs- und Provinzialgesetzen vorkomme, ist nicht füglich zu verkennen. Die Reichs-Pol. Ordn. redet von Pupillen und Minderjährigen – Vorstehern und Vormündern – mannbaren und vogtbaren Jahren. Mehrere Provinzialgesetze folgen dem Römischen Rechte noch bestimmter. Der Unterschied zwischen Unmündigen und Minder-

jährigen, Tutoren und Curatoren, wie ihn das Römische Recht bestimmt, dauert also, vermöge der Reception desselben in Deutschland, unstreitig fort, wenn er gleich in facto nicht immer beobachtet wird. Die eigentliche Tutel hört mit dem 14ten Jahre auf, und den Rechten nach kann auch der bisherige Tutor nicht gezwungen werden, nun auch die Curatel bis zur Großjährigkeit zu führen. Daß man sie ihm ferner läßt, und daß er sich seines Rechts nicht bedient, ist bloß factisch, kann aber die Regel des Rechts an sich noch nicht aufheben. *Waldeck* institut. iur. civ. §. 190. Noch weiter hat dieses ausgeführt *I C. Brandenburg* comment. exponens differentias iuris Rom. inter pupillos et minores, tutores ac curatores, nec non principia de adpli atione earum hodierna. Hannov. 1793. Es kommt auch in der That gar nicht bloß darauf an, ob die einheimischen Rechte diese Römischen Unterschiede in ihren Folgen namentlich bestätigt haben; sie gelten vermöge der allgemeinen Aufnahme des Römischen Rechts in allen Verhältnissen, in so fern nicht deutsche Reichs und Landesgesetze ein anders bestimmt haben, z. B. daß Minderjährige bey uns auch wider ihren Willen immer unter Curatel stehen, und in so fern nicht eine nothwendige Folge aus einheimischen Anordnungen das Gegentheil eines Römischen Rechtssatzes mit sich bringt, z. B. daß ein Minderjähriger über sein Vermögen bey uns nicht stricto iure gültig Verträge ohne einen Vormund schließen kann, oder insofern nicht gewisse Vorschriften des Römischen Rechts wesentlich auf Grundsätzen beruhen, die mit den unsrigen im Widerspruch stehen; z. B. §. 213 Not. 1. W.

(6) Diesen letzten Satz bezweifeln indessen *Beyer* diss. cit. §. 13. *Casp. Achat. Beck*. diss. de sponsalibus minorum, sine curatorum consensu non contrahendis, (Ien. 1718.) §. 36.

(7) *Diet Herm. Kemmerich* diss. de maiori Principum aetate, Lips. 1736.

(8) Nach dem neuen Preußischen Gesetzbuch 1. Th. 1. Tit. 26. §. fängt die Großjährigkeit nach zurückgelegtem 24sten Jahre an.

(9) *Eyben* observ. ad Instit. disquisit. 5. Obs. 8, in opp. p. 42. sqq. *Cocceii* in iur. controv. tit. de curat. Qu. 2.

(10) Struben rechtl. Bed. am a. O. Doch giebt man dem Minderjährigen nicht leicht eine Person zum Curator, die ihm zuwider ist. *Kortholt* diss. cit. §. 25. 25.

TIT. XXIV.
DE SATISDATIONE TUTORUM ET CURATORUM.

§. 231. Was ist die Caution?

Nachdem wir gesehen haben, was die Tutel, und darauf, was die Curatel ist, so werden nun noch drey Stücke abgehandelt, worin Tutel und Curatel übereinstimmen. Diese sind satisdatio, excusatio und remotio. Also zuerst von der Satisdation.

Die Satisdation ist eine Gattung der Caution; also was ist Caution? Caution, Vorstand, heißt eine Sicherheit, die ich dem Andern über die Erfüllung meiner Verbindlichkeit leiste, weil er fürchtet, daß ich diese über-

treten werde. Also man setzt voraus, a) daß ich zu etwas verbunden bin, b) daß man nicht versichert ist, ich werde dieser Verbindlichkeit nachkommen; und daß ich daher c) eine Handlung unternehme, durch welche der Andere überzeugt wird, ich werde meine Pflicht erfüllen; oder doch wenigstens Mittel erhält, sich, wenn er Schaden leidet, zu erholen. Z. E. ich borge Geld bey jemanden, und gebe ihm ein Unterpfand. Hier ist a) eine Verbindlichkeit, das Geld zu erstatten; der Gläubiger aber b) zweifelt, ob ich sie, wenigstens zur rechten Zeit, erfüllen werde; er sucht sich deswegen c) durch Annehmung des Pfandes in Sicherheit zu setzen. Die Verpfändung ist also eine Caution. Wenn die Caution durch Bürgen geleistet wird, so heißt sie *satisdatio*.

§. 232. Warum muß der Vormund Caution leisten?

Ein Tutor und Curator verwalten fremdes Vermögen. Beyde sind also schuldig Rechnung abzulegen, und herauszugeben, was nach Abzug der Ausgabe von der Einnahme übrig bleibt. Das eine Erforderniß der Caution, die Verbindlichkeit, ist also vorhanden. Wenn nun auch das andere eintritt (si ulla in eos cadit suspicio); wenn man nicht versichert ist, daß sie gut haushalten, und dem Pflegbefohlnen herausgeben werden, was sie herauszugeben verbunden sind: so müssen sie Caution, und zwar durch Bürgschaft, mit einem Worte Satisdation leisten. Also cadit suspicio in tutorem, heißt hier nicht: der Tutor ist verdächtig, man kann sich zu ihm nichts Gutes versehen. Nein; denn wäre das, so dürfte ihn die Obrigkeit gar nicht zur Tutel lassen; sondern es will nur so viel sagen: man hat keine zuverläßige Hoffnung, daß der Tutor seinen Pflichten ein Genüge thun werde. Daß die Caution gerade durch Bürgen, und nicht auf andere Art, geleistet werden muß, davon ist der Grund, weil man zur Zeit der Cautionsleistung noch nicht weiß, was und wie viel der Vormund schuldig bleiben wird. In solchen Fällen aber, wo der Schaden noch ungewiß ist, ist die Caution durch Bürgen die schicklichste.

§. 233. Und in welchen Fällen?

In welchem Fälle hat man also das vollkommene Zutrauen zu dem Vormund, in welchem Falle nicht? In welchem leistet ein Vormund Caution, in welchem ist er frey davon? 1) Vormünder, welche vom Vater im Testament bestellt sind, leisten nach Römischem Recht keine Caution. Denn man glaubt, der Vater werde keinen zum Vormund ernennen, dessen Geschicklichkeit und Ehrlichkeit er nicht genau geprüft, und bewährt gefunden hat. Auf einen solchen testamentarischen Vormund also könne man sich sicher verlassen. Auch 2) Vormünder, welche ein höherer Magistratus nach vorhergegangener Untersuchung bestellt hat, sind von der Cautionsleistung frey. Denn man hat

zu der Untersuchung eines solchen Magistratus ebenfalls ein so großes Zutrauen, daß man glaubt, er werde keinen, als einen vollkommen tüchtigen und treuen Vormund bestellen.

§. 234. Wer ist nicht frey von der Caution?

Hingegen sind zu der Cautionsleistung verbunden 1) die gesetzlichen Vormünder. Denn weder ein väterliches Testament, noch die Approbation eines höhern Magistratus sprechen zu ihrem Vortheile. Nur der **Vater** und der **Patron**, wenn sie die gesetzliche Vormundschaft übernahmen, waren frey von der Caution. Man glaubte, es sey gegen die Hochachtung, die ihnen der Sohn oder Freygelassene schuldig war, wenn man sie zur Sicherheitsstellung hätte anhalten wollen (*[1]). 2) Die von einem niedern Magistratus bestellten Vormünder. Die Untersuchung und Billigung eines niedern Magistratus hat nicht so viel Gewicht, daß sie den Vormund von der Caution befreyen könnte. 3) **Alle Vormünder**, testamentarische, gesetzliche und dative, welche **aus mehreren zur Administration gewählt werden**. Wenn nemlich der Vater mehrere Vormünder bestellt hat, oder wenn mehrere gesetzliche Vormünder, z. E. drey Vatersbrüder vom Pflegbefohlnen vorhanden sind: so giebt man nicht leicht allen an der Verwaltung des Vermögens Antheil, weil dieses selten gut thut; sondern man wählt Einen (*[2]), giebt ihm die Administration allein, und macht die andern zu Ehren-Vormündern (tutoribus honorariis). Der eine nun, welcher administriret, muß seinen Collegen Caution stellen. Denn, wenn er übel haushält, so müssen die andern dem Pupillen für allen Schaden haften. Sie können also mit Recht auf diesen Fall Caution fordern.

(1) Indessen wird ihnen doch die Caution nicht anders, als nach geschehener Untersuchung erlassen. L. 5. §. 1. D. de leg. tut.

(2) Welchen aber wählt man? S. §. 1. I. h. t. ibiq. *Vinn.*

§. 235. Klagen gegen die Bürgen.

Die Folge der Cautionsleistung des Vormundes ist, daß, wenn er dem Pupillen etwas schuldig bleibt, die Bürgen für allen Schaden stehen müssen. Die Klage, welche desfalls gegen sie angestellt wird, heißt *actio ex stipulatu*. Nur wird erfordert, daß der Vormund selbst zuerst belangt und angeklagt werde. Belangt man den Bürgen eher, als der Hauptschuldner ausgeklagt ist: so kann sich dieser mit der exceptione ordinis, oder excussionis schützen (§. 836.) (*[1]).

(1) *Schilter* Ex. 37. th. 192. behauptet zwar, dem Bürgen eines Vormundes komme die exceptio excussionis nicht zu. Es hänge vom Pupillen ab, ob er zuerst den Vormund oder den Bürgen belangen wolle. Allein da Justinian in der Nov. 4. den Bürgen überhaupt jene Rechtswohlthat ertheilt: so muß man sie auch dem Bürgen eines Vormundes gestatten. *Stryk* in us. mod. tit. de fideiuss. et nominat. §. 3.

§. 236. Noch andere Klagen des Curanden.

Wie aber, wenn der Bürge auch nichts im Vermögen hat, und der Pflegbefohlne sich also an ihm nicht erholen kann? In diesem Falle kann dieser a) die hypothecarische Klage anstellen gegen alle, welche etwas von dem Vermögen des Vormundes an sich gebracht haben; denn dieß ist dem Pupillen stillschweigend verpfändet (§. 719.). Ist aber auch durch diese nichts zu erlangen, so kann sich b) der Pupill noch zuletzt an die Obrigkeit halten; wofern sie nemlich etwas von ihrer Pflicht unterlassen hat (*1). Diese Klage findet also Statt, wenn die Obrigkeit keine Cautionsleistung in einem Falle erfordert hat, wo sie dergleichen hätte fordern sollen; oder zwar Caution gefordert, aber keine hinlängliche hat bestellen lassen, z. E. Bürgen zugelassen hat, die nicht begütert sind (*2). Weil die Obrigkeit nicht eher belangt werden kann, bis weder vom Vormund selbst, noch von den Bürgen etwas zu erhalten steht, diese Klage also die letzte Zuflucht des Pupillen ist: so heißt sie actio *subsidiaria* adversus magistratus (*3).

(1) Dieses wurde durch ein Senatusconsult, vermuthlich zu Trajans Zeit, eingeführt. *Bach* in Traiano, p. 158. sqq.

(2) Auch in dem Fall, wenn die Obrigkeit ganz unterlassen hat, Vormünder zu bestellen, und der Pupill dadurch in Schaden gekommen ist, kann diese Klage angestellt werden.

(3) Die beste Abhandlung von dieser Materie ist *Gebauer* diss. de actione tutelae adversus magistratus; in exercit. acad. vol. 1. num. 8. pag. 209. seqq.

§. 237. Deutsches Recht.

Nach der angeführten Polizeyordnung sollen alle Vormünder, testamentarische, gesetzliche, und von der Obrigkeit gegebene, Caution stellen. Allein dieses heilsame Gesetz wird schlecht befolgt. An einigen Orten begnügt man sich damit, wenn der Vormund auf seine Pflichten einen Eid ablegt, gleichsam als ob der Pupill dadurch gegen allen besorglichen Schaden in Sicherheit gesetzt würde. An andern Orten bestellt man keinen Vormund, der nicht mit liegenden Gütern angesessen ist, und hält daher die Caution durch Bürgen für unnöthig; da die Güter des Vormundes dem Pupillen verpfändet sind, und er sich also daran entschädigen kann. Die subsidiarische Klage ist zwar nicht abgeschafft, wie Einige glauben (*1); dieß hat Gebauer (*2) bewiesen. Aber sie kommt doch selten vor. Wenn der Vormund die Pflegbefohlnen um alles gebracht hat, so fehlt es an Geld, den Proceß gegen die Obrigkeit zu führen; kein Advocat dient gern gegen seine Oberen; für die Obrigkeit streitet die Präsumtion der Legalität, die Pupillen haben also einen schweren Beweis zu führen; die Obrigkeit hat Freunde, Gönner und Connexionen, und treibt einen solchen Proceß aufs äußerste. Aus diesen und noch mehr Ursachen ruft ein Jurist (*3) über diese Klage aus: ab hac actione libera nos Domine!

(1) *Treutler* vol. 1. disp. 9. thes. 7. not. e. pag. 84. *Mev.* ad ius Lubec. lib. 1. tit. 7. art. 2. n. 56. pag. m. 218.

(2) In der angeführten diss. cap. 2. Man sehe auch *Leyser* spec. 343. med. t. und *Ludolf* part. 1. obs. 160. num. 4. *Dav Scheinemann* diss. de actione subsidiaria contra magistratum, §. 3. *Kortholt* diss. de diff. iur. rom. et Heilbr. in tutel §. 12. not. 1. *Müller* ad *Leyser* obs. 612.

(3) *Nauerath*. in not. ad *Zoes*. Pand. tit. de magistrat. conveniend. p. 638.

TIT. XXV.

DE EXCUSATIONE TUTORUM VEL CURATORUM.

§. 238. Was heißt Excusation bey der Tutel?

Die Tutel ist ein munus publicum, eine persönliche Beschwerde, ein Dienst, den jeder Bürger übernehmen muß, weil es das Wohl des Staats erfordert. Da indessen die Gesetze einige Bürger von den Personallasten befreyen, so sind auch einige insonderheit von der Tutel frey; *excusantur a tutela*, wie die Römischen Juristen sagen.

§. 239. Eintheilung derselben.

Die *excusatio a tutela* ist also ein gesetzlicher Grund, durch welchen jemand von der Last der Tutel befreyet wird; das heißt, vermöge dessen er entweder nicht Vormund werden kann, wenn er gleich will, oder es nicht zu werden schuldig ist, wenn er keine Lust dazu hat. Man sieht hieraus, daß das Wort Excusation bey den Rechtsgelehrten in einem weitläuftigern Verstande genommen wird, als nach dem gemeinen Redegebrauch. Denn nach diesem letztern ist Excusation die Anführung eines Grundes, um dessen willen man eine Beschwerde nicht zu übernehmen schuldig ist. Man braucht dieses Wort nicht, wenn jemand die Erlaubniß nicht hat, etwas zu thun. Wenn z. E. jemand an einem feyerlichen Tage krank ist, und daher nicht nöthig hat, bey Hofe zu erscheinen: so ist er excusirt. Hingegen sagt man nicht, daß einer excusirt sey, wenn ihm der Hof verboten ist. Die Rechtsgelehrten hingegen nehmen das Wort *excusatio* hier in einer so weitläuftigen Bedeutung, daß sie es nicht nur von den Personen brauchen, welche nicht gezwungen werden können, Vormünder zu werden; sondern auch von denjenigen, welche nicht zur Vormundschaft gelassen werden. Die Excusationen theilen sich daher in nothwendige (necessarias, prohibitorias, improprias), und freywillige (voluntarias, proprias) ein. Wenn jemand nicht Vormund werden darf, ob er gleich wollte: so sagt man, er habe eine nothwendige, oder uneigentliche Entschuldigung. Bin ich hingegen in dem Fall, daß mir die Vormundschaft nicht gegen meinen Willen aufgetragen werden kann; daß ich sie aber übernehmen darf, wenn ich Nei-

gung dazu habe: so habe ich eine freywillige, oder eigentliche Entschuldigung.

Diese Distinction hat verschiedene practische Folgen; denn a) eine freywillige Entschuldigung ist mir nur alsdann nützlich, wenn ich sie anführe. Bestellt mich die Obrigkeit zum Vormund, und ich führe die mir zustehende freywillige Excusation nicht an: so habe ich stillschweigend darauf renunciiret. Die nothwendigen Excusationen hingegen bin ich verbunden anzuführen; selbst alsdann noch, wenn ich mich schon in die vormundschaftlichen Geschäfte gemischt habe, und wenn ich sie anzuführen unterlasse, so muß die Obrigkeit von Amtswegen darauf Rücksicht nehmen. b) Die freywillige Excusation befreyt mich nur von der noch zu übernehmenden Tutel; die nothwendige macht auch der schon übernommenen Tutel ein Ende. Das heißt, wenn ich Tutor werden soll, und eine freywillige Excusation anführe, so werde ich mit der Tutel verschont. Wenn ich aber schon Vormund bin, und während der Vormundschaft eine freywillige Excusation erhalte: so kann ich darum die Tutel nicht niederlegen. Z. E. drey Kinder gaben in Rom eine freywillige Entschuldigung von der Tutel (§. 240.). Wenn ich also zu der Zeit, da ich zum Vormund bestellt wurde, schon drey Kinder hatte, so war ich von der Tutel frey; hingegen wenn ich während der Vormundschaft drey Kinder erhielt, so konnte ich die Tutel darum nicht abgeben (*1a). Anders ist es bey den nothwendigen Excusationen. Wer dergleichen hat, darf eine Tutel nicht übernehmen, und wenn er während derselben die Excusation erst bekommt, so muß er sein Amt auch niederlegen. Der Soldatenstand z. E. ist eine nothwendige Excusation (§. 245.). Ein Soldat darf also keine Tutel annehmen, und wenn der Vormund während seines Amtes Soldat wird, verliert er die Vormundschaft (*1b).

Beyde Arten der Excusation haben übrigens bey allen Arten von Vormündern Statt; bey testamentarischen, gesetzlichen und dativen. Von den testamentarischen und dativen ist dieß ausser Zweifel; können aber auch die gesetzlichen eine freywillige Entschuldigung anführen? Cujaz (*2) und Giffen (*3) läugnen es. Allein Schulting (*4) und Huber am a. O. haben diese Meynung hinlänglich widerlegt. Der nächste Verwandte, welcher sich entschuldiget, verliert auch darum sein Erbrecht nicht, wie Einige glauben; denn diese Strafe ist in keinem Römischen Gesetze dictirt (*5).

Hat Jemand eine falsche Excusation angeführt, und dadurch die Befreyung von der Tutel erschlichen: so ist das Befreyungsdecret nichtig (*6).

(1 a) Ausnahmen sind, wenn der Vormund während seiner Amtsführung kränklich wird, L. 11. D. h. t. oder *in consilium Principis* kommt, wie L. 30. eod. sagt.
(1 b) Auch diese Regel leidet eine Ausnahme, wenn der Vormund während der

Vormundschaft blind wird. Er kann zwar die Tutel alsdann niederlegen, muß aber nicht. L. 17. D. de tutel. L. 40. D. h. t.

(2) *Cuiac.* in not. ad *Ulp.* fragm. tit. 11 §. 17. et ad leg. 13. D. de excus.

(3) *Giphan.* in commentar. ad §. 13. I. h. t.

(4) *Schulting.* ad *Ulp.* fragm. l. c.

(5) *Leyser* sp. 331. med. 3. Verschiedene deutsche Particulargesetze verordnen aber, daß die Verwandten, wenn sie ohne erhebliche Ursachen die Uebernehmung der Vormundschaft verweigern, ihr Erbrecht verlieren sollen. *Müller* ad *Leyser* l. c.

(6) §. 20. h. t. ibique *Vinn.*

§. 240. Freywillige Excusationen.

Die freywilligen Excusationen sind einem entweder ertheilt wegen der Verdienste, die er um den Staat hat (privilegio nituntur); oder weil ihm die Tutel allzu beschwerlich seyn würde (ob impotentiam conceduntur).

Zu der ersten Classe gehören folgende: erstlich wer in Rom drey, in Italien vier, und in den Provinzen fünf Kinder hat. Dieß ist ein Privilegium, das im Papisch-Poppäischen Gesetze zur Belohnung der Fruchtbarkeit gegeben wurde. Dieses Gesetz wurde in der Absicht verfaßt, um die Bürger zu rechtmäßigen Heyrathen und zum Kinderzeugen zu ermuntern (§. 56.). Es setzte daher mancherley Strafen auf den ehelosen Stand (coelibatum) und die Kinderlosigkeit (orbitatem); hingegen Belohnungen auf den Ehestand und das Kinderzeugen. Zu den letztern gehört denn auch die Excusation von der Vormundschaft (*[1]). Nur müssen die Kinder a) schon alle zur Welt gebohren seyn. Wenn mir z. E. in Rom eine Vormundschaft aufgetragen wurde, zu einer Zeit, da ich zwey Kinder hatte, und meine Ehefrau schwanger war: so war ich nicht entschuldigt. b) Die Kinder müssen auch leibliche, nicht adoptirte; c) eheliche, nicht ausser der Ehe erzeugte, und d) noch am Leben seyn. Nur alsdann, wenn sie in einem Treffen umgekommen waren, galten sie noch als lebende. Hi enim, qui pro republica ceciderunt, sagt Justinian pr. h. t. in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.

Wie viel Kinder heutigestages von der Tutel befreyen, ist controvers. Einige sagen (*[2]) fünf, weil wir in den Provinzen lebten. Seltsam! wie kann Deutschland als eine Römische Provinz angesehen, und nach dem iure provinciarum beurtheilt werden? Andere (*[3]) sagen vier; denn Deutschland habe das ius Italiae. Eben so ungereimt, als das vorige! Noch Andere (*[4]) halten drey Kinder für hinlänglich, weil Antonin allen Römischen Unterthanen das Römische Bürgerrecht ertheilt habe. (§. 90.). Auch dieses paßt nicht. Denn Antonins Verordnung hob den Unterschied zwischen Bürgern, die in Rom, Italien und in den Provinzen wohnten, nicht auf (*[5]). Richtiger urtheilen die, welche behaupten, daß man auf die Gewohnheiten und Statuten

tuten jedes Landes Rücksicht nehmen müsse. Bestimmen diese nichts, so geben die Kinder allein keine Befreyung von der Tutel. Denn die Privilegien, welche der ehelichen Fruchtbarkeit im Papisch-Poppäischen Gesetze ertheilt sind, gelten in Deutschland nicht (*6). Wenn jemand viele Kinder, und dabey wenig Vermögen hätte, so, daß er alle seine Zeit auf die Erziehung und Ernährung dieser Kinder verwenden müßte, und es ihm nicht möglich wäre, sich mit den Vormundsgeschäften abzugeben: so würden ihn seine Vermögensumstände, nicht aber die Kinder, entschuldigen.

(1) *Toullieu* diss. de iure sese a tutela vel cura excusandi ob magistratum et numerum liberorum, in collectaneis num. 7. pag. 255. sqq.
(2) *Schilter* exerc. 37. thes. 155.
(3) *Hopp.* ad prooem. I. h. t.
(4) *Stryk* in usu mod. h. t. §. 2.
(5) *Heinecc.* commentar. ad L. Iul. et Pap. Popp. 211.
(6) *Thomasius* in not. h. t. p. 109. *Kemmerich* access. ad Instit. h. t. §. 8. *Beyer* ad Pand. h. t. *Knorre* obs. ad Ludovici Pand. 559.

§. 241. Fortsetzung.

Die zweyte freywillige Entschuldigung haben die, welche Güter oder Einkünfte des Landesherrn verwalten oder erheben, Procuratores Caesaris, Rationales, Catholici, a rationibus, heutigestages Rentmeister, Steuerheber, Zollerheber ꝛc. Allein nicht nur diese, sondern alle Personen, denen der Landesherr ein einzelnes Geschäft aufgetragen hat, haben Entschuldigung, so lang das Geschäft dauert (*1). Die Ursache ist, daß sie in ihren Verrichtungen nicht durch die Tutel gehindert und gestört werden sollen. Eine andere Ursache giebt Theophilus in seiner Paraphrase an. Wenn jemand Güter des Landesherrn verwaltet, sagt er, so ist sein Vermögen dem landesherrlichen Fiscus verpfändet. Wollte er zugleich eine Tutel übernehmen, so würde das Vermögen auch dem Pupillen verpfändet werden; und verarmte er, so könnte der Fiscus mit dem Pupillen in Collision kommen; wenn nemlich das Vermögen nicht zu beyder Befriedigung hinreichte, auch der Pupill sich nicht an seinen Bürgen erholen könnte. Allein vermöge dieses Grundes wäre die Entschuldigung der vorbesagten Personen eine nothwendige, das sie doch nach dem §. 1. I. h. t. und andern Gesetzen nicht ist. Endlich sind auch von der Tutel die *coloni fundorum patrimonialium* frey (*2); Leute, welche Güter des Kaysers in einer Art von Erbleihe hatten. Der Grund ist, damit sie nicht in dem Ackerbau gehindert werden sollen. Ein bloßer Pachter eines fiscalischen Gutes ist nicht excusiret (*3).

(1) L. 22. §. 1. L. 30. D. h. t.
(2) L. ult. C. qui tut. dar. poss. (V. 34.)
(3) L. 8. C. h. t. (V. 62.) *Strup.* evolut. controv. Ex. 31. th. 57. Gleichwohl

ist das Vermögen der Pachter dem Fiscus auch verpfändet; noch ein Beweis, daß Theophilus nicht den wahren Grund der obigen Entschuldigung angiebt.

§. 242. Fortsetzung.

Dritte Entschuldigung. Wenn jemand von der Provinz, der Stadt oder dem Dorf, worin er wohnet, in öffentlichen Angelegenheiten verschickt wird: so heißt er *absens reipublicae causa* (*1). Dieser ist a) nicht schuldig, während seiner Abwesenheit eine Tutel zu übernehmen (excusatur a suscipienda tutela, dum abest). b) Er kann auch während der Abwesenheit die schon geführte Vormundschaften einem Curator übergeben (excusatur a suscepta). Wenn er aber c) zurückkommt, so muß er sie wieder fortsetzen; hingegen d) eine neue Vormundschaft ist er im ersten Jahr nach seiner Zurückkunft zu übernehmen nicht schuldig (excusatur a suscipienda intra annum, ex quo revertit), weil er einige Zeit nöthig hat, seine Sachen wieder in Ordnung zu bringen. e) Wenn jemand in öffentlichen Geschäften eine Seereise macht, oder seinen Wohnort auf Befehl des Landesherrn ändert: so kann er die bisher geführten Vormundschaften auf immer niederlegen.

(1) So lehren die meisten Juristen. Andere aber behaupten, daß hier unter respublica bloß Rom zu verstehen sey. *Huber* h. t. n. 3.

§. 243. Fortsetzung.

Die vierte Entschuldigung kommt den Magistratspersonen zu; doch nicht allen, sondern nur den höhern, die *imperium* oder *potestatem* hatten; d. i. welche ihre Befehle durch Zwangsmittel zur Execution bringen durften. Uebrigens wird über diese Materie noch sehr gestritten. Giffen, Rittershaus (*1) und Andere glauben, daß die geringeren magistratus nur eine freywillige, die höheren hingegen eine nothwendige Entschuldigung hätten (*2). Heutigestages haben nach der Praxis alle obrigkeitliche Personen, ja alle öffentliche Bedienten eine freywillige Entschuldigung (*3). Fünftens können sich entschuldigen alle, welche die Jugend in Wissenschaften und freyen Künsten unterrichten; nur müssen sie a) ordentliche öffentliche Lehrer seyn. Ausserordentliche, desgleichen Privatlehrer sind nicht frey, b) Sie müssen in Rom oder in ihrer Vaterstadt lehren, und zwar c) fleißig (*4). Auch die Aerzte und Rechtsgelehrten, welche in Rom oder ihrer Vaterstadt die Praxis treiben, sind entschuldiget. Der Grund liegt darin, weil alle diese Personen schon fürs öffentliche Beste arbeiten, und es daher unbillig wäre, sie noch mit Tutelen zu belästigen. Poeten und Tonkünstler sind nicht frey (*5).

(1) *Gifanius, Rittershus.* in commentar. ad §. 3. I. h. t.
(2) Man s. von dieser Entschuldigung hauptsächlich *Toullieu* diss. §. 240. cit.
(3) *Schilter* ex. 37. thess. 161. *Stryk* us. mod. tit. de excusat. §. 3. *Lauterbach* coll. th. pr. ibid. § 12.
(4) Wenn nemlich einer nicht in seiner Vaterstadt lehrt, so ist er in dieser nicht

von der Vormundschaft frey. L. 6. §. 9. h. t. *Ant. Augustinus* ad Herenn. Modestin. de excusationibus, in thesaur. *Otton.* Tom. 4 pag. 1758. *Vinn.* ad §. 15. h. t.

(5) L. 3. C. de Professor. et Med. (X. 52.) L. 4. C. de excus. muner. (X. 47.)

§. 244. Fortsetzung.

Die Entschuldigungen, welche sich auf die allzugroße Beschwerlichkeit gründen, sind erstens drey Tutelen in Einem Hause. Wenn nemlich jemand schon selbst drey Vormundschaften führt; oder wenn auch ein Vater und seine filii familias zusammen drey Tutelen haben: so kann ihm nicht zugemuthet werden, noch die vierte zu übernehmen, oder einem seiner Söhne die vierte aufladen zu lassen. Nur bemerke man: 1) die Anzahl der Tutelen wird nicht nach der Zahl der Pupillen, sondern der Patrimonien oder Rechnungen bestimmt. Wenn ich also über drey Pupillen Vormund bin, die zusammen Ein Vermögen haben: so führe ich nicht drey Tutelen, sondern nur Eine. 2) Die Ursache, warum der Vater durch die Tutelen seiner Söhne entschuldigt wird, liegt darin, weil er für die Söhne, wenn sie die Tutel mit seiner Einwilligung übernehmen, si patris voluntate administrant, wie Ulpian L. 5. h. t. sagt, haften, folglich auch auf ihre Haushaltung Achtung geben muß, und ihre Vormundschaften ihm also Mühe machen. Ausnahmen jenes Satzes sind: a) si tutelae sint affectatae, das heißt, wenn ich von den drey Tutelen, die ich führe, eine oder einige gesucht habe, so kann ich genöthigt werden noch mehrere zu übernehmen. Denn die gesuchten Tutelen kommen nicht in Anschlag. b) Si tenues sint; wenn die drey Vormundschaften so geringfügig sind, daß sie wenig Mühe machen. Denn man muß die Tutelen nicht sowohl zählen, als wägen. Daher kann auch jemand, der nur zwey, aber weitläufige Tutelen hat, sich von der dritten befreyen. Ja eine einzige sehr beschwerliche und mühsame Vormundschaft kann schon Entschuldigung bewirken.

Zweytens. Die Armuth. Wenn nemlich jemand so arm ist, daß er alle seine Zeit zur Erwerbung seines Unterhalts nöthig hat. Da heutigestages alle Vormünder Satisdation leisten sollen, oder mit liegenden Gütern angesessen seyn müssen; ein armer Mensch aber nicht leicht Bürgen finden wird, und liegende Güter nicht besitzt: so wird diese Entschuldigung in den meisten Fällen zur nothwendigen werden.

Drittens. Krankheit, die einen hindert, seinen eigenen Geschäften vorzustehen: morbus sonticus, wie sie die Juristen nennen.

Viertens. Unwissenheit im Lesen und Schreiben. Denn ein solcher Mensch müßte sich jemand zur Rechnungsstellung halten, und dieß kann man ihm nicht zumuthen (*[1]).

Fünftens. Siebenzigjähriges Alter. An den meisten Orten in Deutschland entschuldigen schon sechzig Jahre (*[2]).

Keine hinlängliche Entschuldigung ist es, daß der ernannte Vormund mit dem Vater des Pupillen gar nicht bekannt gewesen ist (*[3]).

(1) Ob nach dem Römischen Recht ein des Lesens und Schreibens Unkundiger sich in allen Fällen entschuldigen konnte, und wie §. 8. I. h. t. wo es heißt: qui literas nesciunt, sunt excusandi, mit der L. 6. § ult. D. eod. wo Paulus sagt: eius, qui se neget literas scire, excusatio accipi non debet, zu vereinigen ist, davon s. man unter andern *Nerii* analect. lib. 2. cap. 12. apud *Otton.* tom. 2. p. 410. *Vulteii* discept. scholast. cap. 8. *Lyclam* membran. lib. 1. eccl. 12. *Otto* ad §. 8. h. t. Wenn übrigens das Vermögen des Pupillen so gering wäre, daß man Einnahme und Ausgabe bequem im Gedächtnisse behalten könnte, und kein schreibkundiger Vormund zu bekommen wäre; so würde wohl ein Unkundiger die Tutel übernehmen müssen, und so wurde es vermuthlich auch bey den Römern gehalten.

(2) *Knorre* obs. ad *Ludovici* Pandect. 560.

(3) §. 10. h. t.

§. 245. Nothwendige Excusationen.

Die nothwendigen Entschuldigungen sind: 1) **Raserey, Wahnsinn, Taub- und Stummheit, Blindheit.** Diese Gebrechen machen, daß jemand der Tutel gar nicht, oder doch nicht mit der gehörigen Aufmerksamkeit vorstehen kann. Wenigstens in dem Fall, wenn Taub- und Stummheit beysammen sind, schliessen sie von der Tutel aus. Hat einer nur eins von beyden Gebrechen allein, so kann er heutzutage nach Beschaffenheit der Umstände zur Tutel gelassen werden (*[1]). 2) **Minderjährigkeit** (*[2]). Einem Minderjährigen traut man die zur Führung einer Vormundschaft nöthige Klugheit nicht zu. Ob der Minderjährige alsdann, wenn er veniam aetatis erlangt hat (§. 228.), Vormund werden könne? ist zweifelhaft. Ich glaube nicht, wenn es der Landesherr nicht ausdrücklich erlaubt (*[3]). 3) **Soldatenstand**; denn bald würde der Dienst durch die Tutel, bald die Tutel unter dem Dienste leiden (*[4]). Diese Excusation hat nach der richtigern Meynung noch heutzutage Statt (*[5]). 4) **Ein Proceß mit dem Pupillen** (*[6]); 5) **Die bischöfliche Würde und der Mönchsstand.** Diese schliessen ganz von der Tutel aus. Andere Geistlichen, die unter dem Bischoffe sind, können Vormünder über Verwandte werden; sie haben aber eine freywillige Entschuldigung. Zur Tutel über Fremde werden sie nicht gelassen. Bey den Protestanten haben alle Geistlichen eine freywillige Excusation (*[7]). 6) **Der Ehestand.** Nemlich der Ehemann konnte nicht Vormund über die Ehefrau seyn, auch der Bräutigam nicht über die Braut, weil man glaubte, Frau und Braut würden sich nicht unterstehen, die Rechnungsablage zu fordern (*[8]). 7) **Tödtliche Feindschaft mit dem Vater der Pupillen.** Also nicht jede kleine Zänkerey, sondern nur eine heftige schwere Feindschaft gereicht zur Entschuldigung (*[9]). Man furchtet, ein solcher Feind des Vaters werde an den

Kindern noch Rache ausüben, oder wenigstens seine vormundschaftlichen Pflichten nicht mit Eifer erfüllen.

(1) *Stryk* de iure sensuum diss. 4. cap. 2. num. 18. sqq. Nach Römischem Recht läßt sich dieß nicht wohl behaupten. L. 1. §. 2 et 3. de tutel. L. 10. §. 1. de legit. tut. Denn ein Tauber, desgleichen ein Stummer war zur Stipulation unfähig (§. 806.), die doch ein Vormund zuweilen eingehen mußte. *Finestres* ad Hermogenian. pag. 548 sqq.

(2) Nach dem antejustinianeischen Recht waren die Minderjährigen nicht schlechterdings von der Tutel ausgeschlossen. §. 13. h. t. ibique *Vinn.* et *Heineccius Huber* digress. lib. 3. cap. 24.

(3) Strube rechtl. Bed. 3. Th. 130. Seite.

(4) *Enenckel* de privileg. milit. lib. 2. privileg. 15.

(5) *Leyser* sp. 57. med. 5. *Pufendorf* tom. 3. obs. 83.

(6) Dieß ist folgendergestalt zu verstehen. 1) Nach den älteren Gesetzen war ein Schuldner oder Gläubiger des Pupillen nicht von der Tutel befreyet; L. 7. C. de excusat. tutel. (V. 62.) außer in dem Fall, wenn der Proceß mit dem Pupillen das ganze Vermögen oder den größten Theil des Pupillen oder Vormunds betraf. Insonderheit gehört hierher der Fall, wenn der Vormund behauptet, der Pupill sey enterbt und er eingesetzt. §. 4. I. h. t. L. 20. L. 21. D. eod.

(2) Justinian verordnete aber in der Nov. 72. cap. 1. kein Schuldner oder Gläubiger des Pupillen solle zur Vormundschaft gelassen werden. Cap. 2. Wenn der Vormund während der Vormundschaft ein Schuldner oder Gläubiger des Pupillen wird, so soll dem Pupillen ein Curator beygegeben werden. Cap. 3. Wenn jemand zum Vormund bestellt wird, und aus dem Grunde, weil er ein Gläubiger des Pupillen sey, von der Vormundschaft frey seyn will, so soll er die Schuld beweisen oder beschwören. Cap. 4. Uebernimmt ein Schuldner oder Gläubiger die Vormundschaft, ohne die Schuld der Obrigkeit anzuzeigen, so soll er, im Fall er Gläubiger ist, seine Forderungen, wenn er Schuldner ist, alle Exceptionen gegen die Schuld verlieren, und wenn er die Schuld abträgt, so befreyt ihn die Zahlung nicht. Cap. 5. Läßt sich der Vormund während der Tutel eine Forderung an den Pupillen cediren, so ist die Cession null, und der Tutor hat keinen Regreß gegen den Cedenten.

3) Die Mutter und Großmutter sind von dieser Vorschrift ausgenommen. Nov. 94. cap. 1.

4) Soweit Justinian. Wie aber, wenn nun der bestellte Vormund die Schuld der Obrigkeit anzeigt? Jetzt kommt es auf die Umstände an. Ist die Schuld an sich schon ganz liquid, oder kann sogleich liquidirt werden (wozu allenfalls dem Pupillen ein besonderer Beystand zu geben ist), so kann die Obrigkeit, nachdem die Schuld bestimmt ist, den Vormund bestätigen, und er kann sich nicht mehr excusiren. Ist hingegen die Sache so leicht nicht ins Reine zu bringen, so wird ein anderer zum Vormund bestellt. Ich glaube auch, daß dieß alles dem Sinne Justinians nicht zuwider ist.

5) Da Justinian die tutores legitimos, Nov. 72. cap. 1. ausdrücklich nennt (*vel si a legibus vocetur*), so kann man das Gesetz nicht auf dativos einschränken. Es gilt daher auch bey den testamentarischen. Ein tutor testa-

mentarius kann zwar Vormund werden, wenn er gleich ein Schuldner oder Gläubiger ist, in dem Fall nemlich, daß dem Vater die Schuld bekannt war; *Reinharth* ad *Christ.* V. 25. allein die Schuld muß er doch anzeigen, Strube 2. Theil. S. 471. u. f. f.

6) Alle Vormünder müssen also ihre Schuld oder Forderung anzeigen, oder sie fallen in die Strafe des Gesetzes. Eine Ausnahme ist freylich wohl alsdann zu machen, wenn der Vater in dem letzten Willen, worin er den Vormund bestellt, zugleich die Schuld angeführt hat.

7) Wenn Einige, z. E. *Car. Frid. Walch* Diss. de tutore pupilli sui ante susceptam tutelam debitore, §. 6. opusc. Tom. 1. p. 40. sqq. behaupten, daß Justinians Verordnungen nicht in Deutschland angenommen seyen, so kann ich ihnen keinen Beyfall geben. Strube am a. O. und 5. Theil. 14 S.

(7) *Stryk* us. mod. h. t. §. 5.

(8) *Heineccii* diss. de marito tutore et curatore uxoris legitimo, in opusc. n. 24.

(9) *Püttmann* de inimicitiis capitalibus, earumque in iure effectibus; in adversar. lib. 1. p. 1. sqq. Insonderheit kann sich der Vormund entschuldigen, si, wie §. 12. h. t. sagt, status controversiam a pupillorum patre passus est; wenn dieser gegen ihn geklagt, und ihm den statum libertatis, civitatis, oder familiae streitig gemacht hat. S. *Heinecc.* ad *Vinn.* l. c.

§. 246. Excusation von der Curatel.

Die bisher angeführten Entschuldigungen gelten alle sowohl bey der Tutel, als Curatel. Noch eine Entschuldigung ist übrig, die sich allein auf die Curatel bezieht. Wer nemlich Tutor gewesen ist, der wird nicht gezwungen, Curator zu werden. Denn Niemand soll mit einer doppelten Last belegt werden. Ob aber diese Entschuldigung noch heutigestages Statt finde, ist zweifelhaft. Beyer (*1), Carpzov (*2) und Andere (*3) glauben, sie finde Statt. Aber richtiger ist doch wohl das Gegentheil (*4). Denn die Deutschen Gesetze wissen von dem Unterschied unter Tutel und Curatel nichts.

(1) Ad Inst. h. t. th. 8. auch in diss. de hodierna tutorum et curatorum different. 12.

(2) Part. 2. const. 11. def. 10.

(3) *Struv.* syntagm. iur. civ. h. t. thes. 51. *Lauterb.* lib. 26. tit. 9. append. §. 4 p. 634. *Berger* oec. iur. p. 171. edit. vet. *Wernher* part. 4. obs. 380. *Pufendorf* tom. 2. obs. 12. *Waldeck.* instit. Heineccian. §. 190.

(4) *Gaertner* diss. iure germ. inter impuberes et minores tutores et curatores non distingui pag. 43. sqq. *Kortholt* diss. de differ. iur. rom. et Heilbronnens. in tutelis, §. 28. — vergl. jedoch §. 230. Not. 5. W.

§. 247. Deutsches Recht.

1) Von dem heutigen Gebrauch der Entschuldigungen habe ich schon bey jeder derselben das Nöthige angemerkt. 2) Allerdings muß man auch in dieser Materie zuvörderst auf die Provincial- und Localgesetze Rücksicht nehmen (*1). Sind dergleichen nicht vorhanden, so bleibt man bey dem Römischen Recht, in so weit es auf unsere Verfassung passet (§. 240.). 3) Die freywilligen

Entschuldigungen sind aber bey uns seltener, als bey den Römern. Denn ein Römischer Vormund mußte sein Amt ganz umsonst führen. Hingegen unsere Vormünder bekommen ein Salarium (§. 167.). Ist das Vermögen der Pupillen beträchtlich, so ist auch das Salarium nicht unbedeutend, und alsdann finden sich immer Leute, welche die Vormundschaft gern übernehmen. Die Entschuldigungen werden nur bey Tutelen über arme Pupillen gemacht. 4) Der Ehemann kann in Deutschland Curator seiner Frau seyn. Wenn ich nemlich eine Person heyrathe, welche unter der Vormundschaft steht: so behält der bisherige Vormund seine Administration bis zur Majorennität. Verheyrathet sich hingegen eine Person, deren Vater noch lebt, und sie wird während der Ehe beerbt: so bekommt sie keinen fremden Curator, sondern der Ehemann führet die Administration ihrer Paraphernalgüter (*2). 5) In Sachsen stehen alle Weibspersonen, verheyrathete oder unverheyrathete unter einer lebenslänglichen Curatel. Die Pflicht eines solchen Curators ist, daß er die Weibsperson in solchen Geschäften, bey denen sie leicht lädirt werden kann, mit Rath instruire. Er hat also keine Güterverwaltung; und ökonomische Geschäfte kann die Weibsperson gültig ohnehin verrichten (*3).

(1) Einige derselben hat *Ienichen* diss. de excusat. tut. et curat. Giss. 1755. gesammelt.

(2) *Thomasius* in not. ad I. h. t. pag. 117.

(3) *Tob. Iac. Reinharth* diss. de genuinis curae sexus et aetatis differentiis. Erf. 1728.

TIT. XXVI.
DE SUSPECTIS TUTORIBUS ET CURATORIBUS.

§. 248. Uebergang zu diesem Titel.

Die Tutel und Curatel werden bisweilen durch Remotion oder Absetzung des Tutors und Curators geendigt. Von dieser wird in gegenwärtigem Titel gehandelt, und damit der Schluß der Vormundschaftslehre gemacht (*1).

(1) *Vollenhof* diss. de suspectis tutoribus in *Oelrichs* novo thesaur. diss. Belgicar. vol. 1.

§. 249. Warum wird ein Vormund abgesetzt?

Ein Vormund wird removirt, wenn er verdächtig, *suspectus* ist. Verdächtig aber ist er, wenn er entweder vorsetzlich (dolose), oder aus Nachläßigkeit (culpose) seiner Pflicht kein Genüge leistet (*1). Nemlich die Absicht einem zu schaden, heißt bey den Juristen *dolus*; Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit *culpa*. Diese letzte ist entweder *lata*, oder *levis*, oder *levissima*. Die äusserste Nachläßigkeit, zu der nur die sorglosesten Menschen fähig sind, heißt *culpa lata*. Eine Nachläßigkeit von geringerm Grade,

wenn Jemand etwas thut, was ordentliche Menschen nicht zu thun pflegen, *culpa levis;* und ein ganz geringes Versehen, die Unterlassung der höchsten und äussersten Attention, *culpa levissima.* (§. 754. 757. 758.) Daß ein Vormund um eines vorsetzlichen dem Pupillen zugefügten Schadens removirt werden könne, ist gewiß. Eben so gewiß ist, daß er wegen eines groben Fehlers (culpa lata) abgesetzt werden könne, und daß hingegen ein ganz geringes Versehen (culpa levissima) dazu nicht hinreiche.

Wie steht es aber mit einem Fehler der mittlern Art (culpa levi)? Hier wird gestritten, a) ob auch dadurch ein Vormund suspect werde, b) ob er wegen der Nachläßigkeit dieser Art abgesetzt werden könne. Die erste Frage hat wenig oder gar nichts auf sich. Indessen da Justinian und Ulpian (*2) sagen, ein Tutor und Curator sey suspect, *si non ex fide gerit,* so glaube ich, daß er sich auch durch culpam levem suspect machen könne (*3). Wichtiger ist die zweyte Frage. Viele Rechtsgelehrten (*4) behaupten, daß culpa levis keine Absetzung bewirke. Allein so allgemein läßt sich dieß nicht annehmen (*5). Freylich wenn ein Vormund nur ein oder das anderemal culpam levem begeht, so kann man ihn nicht absetzen; wohl aber alsdann, wenn es öfters geschieht.

(1) Auch kann ein Vormund *suspectus* seyn, noch ehe er die Administration übernommen hat, und deswegen schon abgewiesen werden. §. 5. I. h. t. wiewohl Andere einen solchen nur quasi suspectum genannt haben wollen. *Vollenhof* diss. cit. cap. 1. §. 6. — Man vergleiche hiebey zur nähern Erläuterung L. 3. §. 8. und L. 4. §. ult. D. h. t. (XXVI. 10.). *Voet.* comment. ad Pandect. h. t. §. 1. W.

(2) § 5. I. h. t. L. 19. D. de administr. et peric. tut.

(3) Anderer Meynung ist *Vollenhof* l. c. §. 5.

(4) *Lauterb.* coll. h. t. §. 10. *Berger* resol. LL. obs. h. t. Strube rechtl. Bed. 1. Theil, 199. S. 2. Theil. 473. S.

(5) L. 3. § ult. D. h. t. *Vollenhof* diss. cit. cap. 6.

§. 250. Jeder Bürger kann den Vormund anklagen.

Wenn ein Vormund verdächtig ist, so liegt dem Staate selbst daran, daß er removirt werde; daher erlauben die Römischen Gesetze jedem Bürger, den verdächtigen Vormund anzuklagen, und diese Klage heißt *crimen suspecti,* d. i. accusatio s. postulatio suspecti (*1).

(1) Prooem. I. h. t. *Noodt* ad tit. Pand. de suspect. tutor. *I. H. Boehmer* diss. de crimine suspecti, cap. 1. §. 10. in Ex. ad Pand. tom. 6. p. 64.

§. 251. Was ist die accusatio tutoris suspecti?

Die Anklage des Vormunds ist eine accusatio quasi publica. Sie hat eine Aehnlichkeit mit den accusationibus publicis, indem sie jeder Bürger anstellen kann. Sie ist aber doch nicht vere, sondern nur quasi publica. Denn die wirklichen accusationes publicae entstanden aus einem öffentlichen Verbrechen,

brechen, und wurden bey dem Präfectus Urbi, der die peinliche Gerichtsbarkeit hatte, angestellt. Die Anklage des Vormundes aber entsteht aus keinem öffentlichen Verbrechen, und wird auch nicht vor dem peinlichen Richter, sondern vor dem Prätor oder einer andern Obrigkeit, welche die Civilgerichtsbarkeit hat, angestellt (*1).

Die Anmerkung sagt: die Juristen bedienen sich der Partikel quasi, um anzudeuten, daß ein Wort nicht im eigentlichen Verstande genommen werde. Sie reden daher von quasi contractibus, quasi delictis, quasi possessione, quasi traditione, accusationibus quasi publicis, remediis quasi possessoriis u. s. w. (*2).

(1) *Boehmer* loc. cit.

(2) *Io. Dav. Dietrich* diss. de genuina quasi notione iuridica, Goett. 1740. Indessen ist diese Partikel doch nicht immer Zeichen eines uneigentlichen Wortgebrauchs. *Vollenhof* diss. cit. cap. 1. §. 6.

§. 252. Wer kann sie vornehmen?

Weil dem Staate daran gelegen ist, daß ein verdächtiger Vormund von der Tutel entfernt werde, so können alle Bürger die Vormünder anklagen (*1). Die Mitvormünder sind dazu verbunden; andere Personen aber haben nur die Erlaubniß dazu. Etwas besonderes ist, daß sogar Weibspersonen, die sonst nicht anklagen dürfen, doch zu dieser Anklage gelassen werden. Die Ursache liegt in der großen Gunst der Gesetzgeber gegen die Pupillen. Nicht nur Verwandtinnen des Pupillen, sondern auch andere, die nur Freundinnen von ihm sind, können anklagen. Der Pupill selbst hingegen wird zur Anklage nicht gelassen; weil ihn seine Jugend hindert, einen gerichtlichen Vortrag zu thun (personam standi in iudicio non habet). Dieser Mangel steht dem Minderjährigen nicht im Wege; daher kann er den Curator anklagen. Nur müssen die Verwandten in die Anklage willigen; weil man dem Minderjährigen für sich allein nicht Einsicht genug zutrauet. Klagt niemand den ungetreuen Vormund an, so ist die Obrigkeit von Amtswegen (ex officio) schuldig, einen Ankläger zu bestellen, und nach untersuchter Sache den ungetreuen Vormund zu removiren. Indessen geschah dieß bey den Römern selten, weil die Römischen Magistratus gar weitläuftige Jurisdictionsbezirke hätten, und die Vormundsrechnungen erst zu Ende der Tutel abgelegt wurden.

(1) Nemlich die accusationem suspecti auf die Absetzung des Vormundes anstellen. Wenn der Vormund sein Amt niedergelegt hat: so kann einer, welcher nicht dabey interessirt ist, keine Klage wegen der üblen Haushaltung gegen denselben anstellen. Strube rechtl. Bed. 2. Band 121. Bed.

§. 253. Welche Vormünder können angeklagt werden?

Alle Vormünder, die nicht pflichtmäßig wirthschaften, können angeklagt und abgesetzt werden. Wie aber, wenn der angeklagte Vormund Besserung

verspricht, und sich zu einer hinlänglichen Caution offerirt? Dieß hilft ihm nichts. Denn die Rechtsgelehrten haben die Regel: es ist besser einen Schaden zu verhüten, als ihn geschehen zu lassen, und sich dann erst nach Heilungsmitteln umzusehen (melius est ab initio rem sartam tectam servare, quam vulnerata causa remedium quaerere); und die Caution setzt auch den Pupillen nur gegen erweislichen Schaden in Sicherheit. Wie manchen Schaden aber kann der Vormund thun, welcher verborgen bleibt, oder nicht erweislich ist! Oder, wie Justinian (*[1]) sagt: satisdatio tutoris propositum malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem praestat.

Auch gesezliche Vormünder können removirt werden. Weil sie indessen doch mit dem Pupillen nahe verwandt sind, folglich ihre Absetzung auch diesem zur Beschimpfung gereicht, denn einen untreuen und schlechten Mann zum Vetter zu haben, ist keine Ehre; so giebt man lieber in diesem Falle dem ungetreuen Tutor, statt ihn abzusetzen, nur einen Curator bey, der die Verwaltung der Güter über sich nimmt (*[2]).

(1) §. 12. I. h. t.

(2) *Brenkmann* de evrematicis, cap. 6. p. 88. Ein gleiches findet auch in andern Fällen Statt. §. 5. I. de curat.

§. 254. Zweck dieser Anklage.

Die Anklage, von der wir reden, hat den Zweck, daß der untreue Vormund abgesezt werde. Weil es aber gefährlich wäre, während des Processes den Vormund noch sein Amt fortführen zu lassen, und man es ihm doch auch nicht gänzlich nehmen kann, ehe er überwiesen und verurtheilt ist: so suspendiret man ihn während dieser Zeit (*[1]). Wird er unschuldig befunden, so bekommt er die Tutel wieder; ist er hingegen schuldig, so wird er abgesetzt, und dabey, wofern er eines Betrugs überführt worden ist, infam. Viele Juristen behaupten zwar, der Vormund werde auch ehrlos, wenn er sich die äusserste Nachläßigkeit zu Schulden kommen lasse (*[2]); richtiger aber ist, daß er in diesem Falle seiner Ehre ohne Schaden removirt werde (*[3]).

(1) Man kann indessen nicht eher zu dieser Suspension schreiten, bis einige Anzeigen einer üblen Verwaltung dargethan sind. *Vinn.* ad §. 7. h. t. *Hopp.* diss de suspensione ab officio, cap. 3. n. 54. sqq.

(2) *Bachov.* ad *Treutlerum* vol. 2. disp. 9. thes. 4. *Vinnius* ad §. 6. I. h. t. *Vollenhof* diss. cit. cap. 8. Wenigstens alsdann, wenn er in seinen eigenen Geschäften weniger nachläßig sey. *Huber* h. t. §. 7.

(3) Denn §. 6. I. h. t. sagt ausdrücklich: suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est, si ob culpam non aeque. Auf gleiche Weise redet Ulpian in der L. 3. §. 5. und L. 10. D. h. t. auch Diocletian in der L. fin. C. h. t. (V. 43.) *Noodt* probabil. 1. cap. 19. *Lauterb.* coll. th. pr. h. t. §. 14. *Franzk.* exercit. 3. Q. 8. *Brunnemann* ad L. 2. et fin. C. h. t. *Struv.* Exercit. 31. thes. 52. et 55. ibique *Müller*. *Rebhan* paralipom. *Meier.* Dec. 4.

Qu. 3. *I. F. W. Pagenstecher* select. iur. quaest. num. 5. *Otto* ad §. 6. I. h. t. *Grimmeisen* diss. de tutore ob culpam latam remoto haud infami, Marb. 1753.

§. 255. Fortsetzung.

Zuweilen wird die Anklage des Vormundes auch dahin gerichtet, daß er mit einer den Umständen angemessenen Strafe belegt werde. Dieß geschiehet, wenn der Vormund in einem hohen Grade treulos und boshaft gegen den Pupillen gehandelt, z. E. ihm nach dem Leben gestanden hat (*[1]); und in diesem Falle lieferte ihn der Prätor an den Präfectus Urbi, als den peinlichen Richter in Rom aus, um ihm die gebührende Strafe zu dictiren.

(1) Mehr Beyspiele geben §. 10. et 11. h. t. Im §. 10. muß anstatt *ministerium, ministeriis* das ist: officialibus et ministris praetoris gelesen werden. *Vinn.* et *Heinecc.* ad h. l.

§. 256. Beendigung derselben.

Die Anklage des verdächtigen Vormundes ist darauf gerichtet, daß er removirt und allenfalls auch mit einer Strafe belegt werde. Beyde Zwecke fallen weg, wenn der angeklagte Vormund während des Processes stirbt. Sobald dieses geschieht, hört der ganze Proceß auf. Wird die Vormundschaft auf andere Weise, z. E. weil der Pupill mündig wird, geendigt: so hört der Proceß nur in so weit auf, als auf die Remotion des Vormundes geklagt worden ist; hingegen der gebührenden Bestrafung wegen kann er fortgesetzt werden (*[1]). Fragt man aber: wie kommt denn der Pupill zu seiner Entschädigung? so ist die Antwort: durch die Klagen, welche wir oben (§. 235. 236.) kennen gelernt haben: *actionem tutelae* gegen den Vormund oder dessen Erben; *actionem ex stipulatu* gegen die Bürgen; *actionem hypothecariam* gegen die, welche etwas von dem Vermögen des Vormundes an sich gebracht haben, und durch die *actionem subsidiariam* gegen die Obrigkeit.

(1) *Heinecc.* ad *Vinn.* §. 7. h. t.

§. 257. Deutsches Recht.

Heutiges Tages sind Anklagen untreuer Vormünder selten; denn die Obrigkeit muß jährlich Rechnung von den Vormündern fordern. Daraus ergiebt sich meistens schon, ob sie gut oder schlecht wirthschaften. Wenn sich das letzte zeigt, so muß die Obrigkeit von Amtswegen eine Untersuchung anstellen, und darf auf keinen Ankläger warten; sie bestellt auch keinen, sondern nimmt die Untersuchung allein vor.

An dem Schlusse dieses Buches empfehle ich den Lesern, die erste Tabelle sich bekannt zu machen, welche die Uebersicht über die bisher abgehandelten Materien giebt, und den Zusammenhang der sämmtlichen Titel des ersten Buches zeigt.

LIB. II. TIT. I.

DE RERUM DIVISIONE ET ADQUIRENDO EARUM DOMINIO.

§. 258. Uebergang zu dieser Lehre.

Oben ist schon bemerkt worden, daß die Verfasser der Institutionen — der Jurisprudenz drey Gegenstände zuschreiben; sie sagen: die drey Rechtsobjecte sind Personen, Sachen, und Klagen. Der erste dieser Gegenstände ist bisher abgehandelt worden. In dem gegenwärtigen zweyten Buche, auch noch im dritten und Anfang des vierten wird von dem zweyten Object, den Sachen gehandelt werden.

§. 259. 260. Was sind die Sachen?

Die erste Frage muß also hier seyn: was sind Sachen? Dieses Wort hat bey den Juristen dreyerley Bedeutungen. In dem allerweitläuftigsten Verstande hieß alles eine Sache, was keine Person ist. Rei appellatione, sagt Ulpian, L. 23. de V. S. et causae et iura continentur. Zuweilen aber bedeutet das Wort Sache nur das, was keine Person und keine Klage ist. So nimmt man es, wenn man sagt, die drey Rechtsgegenstände sind: Personen, Sachen und Klagen. In einer noch eingeschränkteren Bedeutung sind Sachen diejenigen Rechtsobjecte, welche keine Personen, keine Klagen und keine facta sind. So heißt es im §. 7. I. de verbor. oblig. non solum *res* in stipulationem deduci possunt, sed etiam *facta*. Hier werden also res und facta einander entgegen gesetzt (*1).

(1) Gelegentlich bemerke man hier auch die drey Bedeutungen des Wortes *pecunia*. In der weitläuftigsten Bedeutung heißt alles pecunia, was ein Mensch wirklich im Vermögen hat. Man s. L. 222. D. de verb. sign. In diesem Verstande nehmen es die Gesetze der 12 Tafeln, wenn sie sagen: uti pater familias legassit super pecunia sua, ita ius esto. In engerer Bedeutung begreift dieß Wort nur die fungiblen Sachen, d. i. bewegliche Sachen, von denen man im Commerz so viel an Maaß, Zahl und Gewicht bekommen kann, als man verlangt (§. 765). In dieser Bedeutung kommt es in der L. 19. et 30. D. de legat. I. vor. Endlich pecunia in der strengsten Bedeutung ist geprägtes Metall. So wird es z. B. genommen, wenn es heißt, daß SC. Macedonianum gehe auf *pecuniam* creditam. (§. 1160.). *Brisson.* de verb. signif. voc. pecunia. *Westenberg* de caus. obligat. diss. 3. cap. 2. §. 11. *Finestres* ad Hermogen. p. 656. sqq.

§. 261. Eintheilung der Sachen.

Die Sachen sind nach des Classikers Cajus Eintheilung entweder *divini*, oder *humani iuris* (*1); die ersteren entweder *sacrae*, oder *sanctae*, oder *religiosae*. Nemlich res divini iuris heißt eine Sache, die aus Religionsgründen dem Commerz entzogen ist. Ist sie zum Gottesdienste bestimmt, so heißt sie *res sacra*. Wenn sie zur Aufbewahrung eines menschlichen Leich-

nams, und zur Ehre eines Verstorbenen dient: so heißt sie *res religiosa.* Endlich *res sancta* ist eine Sache, die des öffentlichen Bestens wegen durch eine Pönalsanction gegen Beleidigungen gesichert ist; das heißt, eine Sache, in oder an welcher man sich nicht vergehen darf, ohne sich einer härtern Strafe auszusetzen, als diese Vergehung bey andern Dingen nach sich zieht (*[2]). Daß diese Eintheilung aber fehlerhaft ist, fällt in die Augen. Denn 1) die res sacrae und religiosae waren ja auch mehr im öffentlichen Schutze, als andere Dinge, folglich ebenfalls sanctae. 2) Daß alle res sanctae keines Menschen Eigenthum und dem Commerz völlig entzogen waren, ist nicht wahr (*[3]). Man kann also nicht sagen, daß sie alle divini iuris waren.

(1) L. 1. D. h. t. Eine sehr gelehrte und gründliche Abhandlung über diese Materie ist *Diet. Herm. Kemmerich* diss. de natura et usu divisionis rerum in res divini et humani iuris. Viteb. 1729. — — Vorzüglich verdient aber über diesen ganzen Titel zur Nachlese empfohlen zu werden: E. C. Westphal System des Römischen Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung. Leipzig 1788. W.

(2) Die Benennungen res sacra, sancta und religiosa werden von den lateinischen Schriftstellern nicht immer in einerley Bedeutung gebraucht. S. *Arntzenii* miscellan. pag. 27.

(3) Wiewohl es Marcian L. 6. §. 2. D. und Justinian §. 10. h. t. behaupten. Man darf nur die Beyspiele der geheiligten Sache §. 266. durchgehen, um sich davon zu überzeugen, daß jene Behauptung zu allgemein ist. Nur einige res sanctae waren gewissen Schutzgöttern, z. E. dem Neptun, Mars, der Pallas geweihet, und nur von diesen konnte man sagen, daß sie divini iuris, in nullius bonis seyen. Justinian sagt auch nur: res sanctae, veluti muri et portae, *quodammodo* divini iuris sunt. *Kemmerich* diss. cit. cap. 1. §. 24.

§. 262. Was sind res sacrae?

Res sacrae sind Dinge, die zum Gottesdienste bestimmt, und consecrirt waren: Tempel, Kapellen, Altäre (*[1]), auch bewegliche Dinge, *donaria*, wie Justinian sagt (*[2]), Opfergeräthschaft, Kleidung der Priester und dergleichen (*[3]). Die Consecration geschah von den Pontificibus, und in den Zeiten der Kayser auch von diesen, weil sie den Titel und das Amt eines Pontifex maximus führten. Verschiedene (*[4]) behaupten, die res sacrae wären nur den Diis superis, den Himmelsgöttern, geweiht gewesen, aber ohne Grund; denn man findet häufig, daß Tempel, Altäre, und andere heilige Sachen den Höllengöttern, dem Pluto und der Proserpine, auch Halbgöttern, z. E. dem Hercules geweiht waren (*[5]). Einige heilige Sachen waren zum öffentlichen, andere zum Hausgottesdienste bestimmt. Jene heißen sacra *publica*, diese *privata*.

(1) *Arntzenius* l. c. cap. 3.
(2) §. 8. h. t.
(3) *Heur.* ad *Alphen* diss. de rei consecratione Lugd. Bat. 1791.

(4) *Heinecc.* in elem. iur. civ. sec. ord. Instit: *edit. vet.* §. 314. *Polyc. Leyser* diss. de veterum ICtorum divisionibus non iuridicis, p. 8.

(5) *Leyser* sp. 22. med. 1. *Otto* ad §. 8. I. h. t. Besonders *Kemmerich* diss. cit. cap. 1. §. 5.

§. 263. Grundsätze von diesen Dingen.

Die res sacrae waren nach Römisch-heidnischen Grundsätzen den Göttern eigen. Sie gehörten also 1) keinem Menschen. Folglich konnten sie 2) nicht geschätzet, nicht verpfändet, nicht veräußert, nicht usucapiret, und nicht zu einem profanen Gebrauch angewendet werden. Und wenn 3) auch ein heiliges Gebäude zusammen fiel, oder abgebrochen wurde: so blieb doch der Platz heilig. Nur alsdann, wenn a) ein Ort von den Feinden erobert wurde, hörten die darin befindlichen Tempel, Altäre, u. s. w. auf, heilig zu seyn (*1). Denn man glaubte, die Götter hätten den Ort verlassen. b) Wenn die Priester eine heilige Sache durch eine Ceremonie, welche *evocatio sacrorum* hieß, entweihten: so wurde sie eine profane Sache.

(1) *Cic.* in Verr. lib. 4. cap. 55. vers. *has tabulas* etc.

§. 264. Was sind res religiosae?

Res religiosae waren Gräber und Grabmäler (*1). Die Römer glaubten, daß jeder Mensch seine manes habe, eine Art von geistigem Wesen, welches in und um ihn wäre, und auch nach dem Tode den Leichnam nicht verlasse. Daher hielten sie Gräber und Grabmale für etwas heiliges, und setzten gewöhnlich die Ueberschrift: M. S. oder D. M. S. das heißt, Manibus sacrum, Diis Manibus sacrum darauf. Ein jeder Ort wurde also locus religiosus, sobald ich einen Todten, oder seine Asche, oder seine Gebeine hineinlegte. Aus diesem Grunde war es unerlaubt, einen Leichnam an einen öffentlichen Platz, der nicht zu Begräbnissen bestimmt war, zu legen (*2) und eben so unerlaubt handelte ich, wenn ich meinen Todten auf eines andern Bürgers Grund und Boden, ohne dessen Einwilligung (*3), begrub. Denn die Stelle wurde dadurch dem Commerz entzogen.

(1) *Georg Christoph Platz* de religion. sepulchrorum, Lips. 1725.

(2) Locus publicus non potest privata religione obligari, sagt *Cic.* de legib. lib. 2. cap. 23.

(3) In alienum locum consentiente domino licet inferre, sagt §. 9. h. t. et licet postea ratum *non* habuerit (richtiger, ratum habuerit, wenn der Eigenthümer erst nach geschehener Sache einwilliget), quam illatus est mortuus, tamen locus religiosus fit. *Vinn.* et *Heinecc.* ad h. §. *Mercerii* conciliat. p. 56. edit. *Reinold.* I.

§. 256. Fortsetzung.

Aus jenen Sätzen folgt, 1) ein Cenotaphium war kein locus religiosus. Ein Cenotaphium oder Ehrenbegräbniß errichtete man einem, wenn man seinen Leichnam nicht haben konnte, z. E. weil er im Krieg oder im Wasser verlohren

gegangen war. Weil in einem solchen Begräbniß kein Leichnam, und folglich keine manes waren, so war es nicht heilig (*1). 2) Die Gräber konnten nicht gekauft, verkauft, verpfändet, verschenkt, vermacht werden rc. Das Recht, einen Leichnam in mein Grab zu legen, konnte ich einem geben, das Grab selbst aber war kein Stück meines Vermögens (non erat in bonis), und konnte also auch nicht auf Andere übertragen werden. Wenn ich indessen auf meinem Lande eine Grabstätte hatte, und das Stück Land verkaufte: so bekam der Käufer auch das Grab als ein Pertinenzstück (*2). 3) War ein Leichnam an verschiedenen Orten begraben, weil man z. E. nach einem Treffen nur einige Glieder gefunden hatte: so war nur der Ort religiös, wo der Kopf lag (*3). 4) Wenn ich einen Leichnam an einen Ort legte, welcher dem Staat oder einem andern Bürger gehörte: so war ich nicht schlechterdings schuldig, ihn wegzunehmen; denn die manes wurden, wie man glaubte, dadurch gestöhrt; ich hatte nur die alternative Verbindlichkeit, entweder das Cadaver wegzunehmen, oder den Werth des Orts zu bezahlen. 5) Der Platz, wo ein Todter gelegen hatte, war so lang religiös, bis die Asche und Gebeine durch die Pontifices weggebracht wurden. Da sich dieß alles auf den Aberglauben an die manes bezog, so ist zu verwundern, daß noch die christlichen Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius das angeführte Gesetz darauf gründen (*4).

(1) L. 24. D. de contrah. emt. *Herm. Cannegieter* obs. iur. rom. lib. 3. cap. 5. Anderer Meynung war Marcian. Man s. L. 6. §. 5. de religios. und Glück über Hellfeld §. 165.

(2) *Aut. Matthaei* A. F. A. N. commentar. ad l. h. t. n. 71.

(3) *Cannegieter* l. c. lib. 1. cap. 14.

(4) Das Gesetz, L. 4. C. de religios. (III. 44.) sagt: nemo humanum, oder, wie Andere lesen, humatum corpus ad alium locum sine Augusti affatibus transferat. S. *Idsing.* var. p. 182.

§. 266. Was sind res und personae sanctae?

Sanctum heißt alles, was in einem höhern Grade unverletzlich ist, woran sich niemand bey schwerer Strafe vergreifen darf. Man hat daher heilige Sachen, und heilige Personen. Heilige Sachen waren die Stadtmauern; der Gang ausser der Mauer (pomoerium); die Pallisaden des Lagers (vallum); die Thore; die Statuen der Kayser; das Album der Magistratspersonen (die Tafel, worauf sie ihre Edicte bekannt machten); die Grenzsteine rc. Heilige Personen waren die Eltern, Patronen, Volkstribunen, die Gesandten, die Kayser rc.

§. 267. Fortsetzung.

Niemand konnte daher 1) etwas in oder auf die Mauern oder Thore bauen; z. E. einen Keller hinein graben, Balken hinein legen, ein Gebäude darauf setzen. 2) Wer aus feindseligen Absichten über die Mauern (*1) stieg,

oder sie verdarb, hätte das Leben verwirkt. Daß Remus von seinem Bruder Romulus unter diesem Vorwande erschlagen wurde, ist aus der Römischen Geschichte bekannt. Ja es soll wegen der Heiligkeit der Mauern 3) nicht einmal erlaubt gewesen seyn, die Stadtmauern ohne des Kaisers, oder in den Provinzen, ohne des Präses Erlaubniß auszubessern. Allein dieser Satz läßt sich wohl ohne alle Einschränkung nicht behaupten (*2).

(1) Ob dieses Gesetz auf alle oder nur auf die Stadtmauern Roms gehe, ist zweifelhaft. *Wissenbach* Disput. ad Instit. 9. § 19. *Hum.* resolut. pag. 252.

(2) Ulpian sagt nemlich L. 9. §. 4. D. de rer. divis. muros municipales nec reficere licet sine principis aut praesidis auctoritate. *Bynkershoek* in Qu. iur. publ. lib. 2. cap. 284. erklärt dieß vom Wiederherstellen niedergerissener Mauern, weil nicht einzusehen sey, warum es in einer Stadt nicht erlaubt seyn sollte, ohne Einwilligung des Kaisers oder Präses, ihre Mauern auszubessern, und warum dieß der Heiligkeit der Mauern zuwider seyn sollte; auch L. 5. C. de oper publ. (VIII. 12.) sage, ein jeder dürfe die opera publica repariren. Andere z. E. *Crell.* diss. de iure urbes muniendi §. 6. glauben, Ulpian rede von einer Reparatur, wodurch zugleich die vorige Form geändert, die Mauer weiter ausgedehnt oder enger zusammengezogen werde.

§. 268. Ideen der ersten Christen in Ansehung der heiligen Sachen.

Daß das bisher Vorgetragene nach Aberglauben schmecke, bedarf kaum einer Erinnerung. Denn eine abergläubige Idee ist es, daß gewisse Sachen ein besonderes Eigenthum, eine Wohnung der Götter seyen, und in den Gräbern manes oder Geister sich aufhalten (*1). Indessen hat sich doch die Meynung, daß eine Sache durch die Consecration eine innere Heiligkeit erhalte, und ein besonderes Eigenthum Gottes werde; daß diese Sachen also nicht taxirt, nicht verpfändet und nicht veräußert werden könnten, auch bey den Christen erhalten. Die heidnischen Priester hatten sie zu ihrem Vortheil ausgedacht. Denn wenn eine heilige Sache nicht wieder profan werden kann; so wird die Zahl dieser Sachen immer vermehrt und nie vermindert. Den Kirchenvätern, welche in der Philosophie nicht sehr stark waren, schienen diese Grundsätze fromm und religiös, und die Clerisey fand ihre Rechnung dabey. Daher wurden Kirchen, Mauern, Altäre, Gräber u. s. w. theils Gott, theils den Heiligen geweihet; und die Lehre, daß diese Dinge dem Commerz dadurch entzogen würden, ist sowohl im Titel des Codex de S. S. Ecclesiis, als im Canonischen Rechte angenommen (*2).

(1) *Casp. Achat. Beck.* posit. ex iur. var. Spec. 1. posit. 6.

(2) Wie z. B. L. 21. C. de SS. eccles. (I. 2.) und die Stellen zeigen, welche *Boehmer* I. E. P. lib. 3. tit. 5. §. 16. 17. aus dem Canonischen Rechte anführt. Daß die Römischen und Canonischen Gesetze doch auch der Kirche eine Disposition über die heiligen Sachen gestatten, und deren Veräußerung in gewissen Fällen erlauben, beweiset nicht (wie Hr. Biener in s. Anmerkungen über *Hei-*

Heineccii elem. iur. civ. sec. ord. instit. §. 320. meynt, daß die obigen Sätze falsch sind. Man s. auch noch *Boehmer* l. c. lib. 3. tit. 13. §. 1. sqq.

§. 269. Was sind res ecclesiasticae?

Man behielt also die res sacras bey, und es kam noch eine neue Art von Dingen dazu, die *res ecclesiasticae*, welche darin von jenen unterschieden sind, daß jene unmittelbar, diese nur mittelbar zum Gottesdienste abzwecken; jene consecriret werden, diese nicht. Man versteht nemlich darunter Kirchengüter, liegende Gründe, Capitalien, Zehenden und andere Gefälle, welche zur Besoldung der Kirchendiener, Unterhaltung der Kirchengebäude, und Bestreitung anderer Ausgaben bey der Kirche dienen. Diese Dinge können veräußert werden, wenn es nöthig, oder der Kirche nützlich ist. Die Veräußerung ist also erlaubt, wenn die Kirche Schulden hat, und sie nicht anders als durch Angreifung ihrer Güter tilgen kann. Oder die Kirche hat liegende Güter, die sich schlecht verinteressiren; das Kaufgeld aber kann sicher und auf höhere Zinsen ausgeliehen werden. Nur ist nöthig, daß der Bischof eine Untersuchung anstelle, und alsdann ein Veräußerungsdecret ertheile (*1).

(1) Das Römische und Canonische Recht erfordern bey dieser Veräußerung eine Menge Feyerlichkeiten, die aber in der Praxis gröstentheils nicht beobachtet werden. *Leyser* sp. 24. med. 1.

§. 270. Lehrsätze des Canonischen Rechts von den religiösen Sachen.

Das Canonische Recht hat auch die res religiosas beybehalten, wiewohl nicht ganz in dem Sinne, wie das Römische Recht. Es rechnet nemlich unter die res religiosas nicht nur Gräber und Todtenäcker, sondern auch alle Häuser zu milden Stiftungen (quae piae causae inserviunt), Hospitäler (xenodochia), Waysenhäuser (orphanotrophea) und Armenhäuser (ptochotrophea). Daher werden die Todtenäcker mit Weihwasser benediciret, und sind der geistlichen Jurisdiction des Bischofs unterworfen. Auch werden Ketzer, Unglaubige und Excommunicirte nicht auf solche geweihte Gottesäcker begraben. Protestanten hingegen dürfen nach den im Religions- und Westphälischen Frieden aufgestellten Grundsätzen davon nicht ausgeschlossen werden.

§. 271. Protestantische Begriffe.

Was die Lehre der Protestanten in diesem Punct betrifft, so glauben wir 1) nicht, daß Sachen, welche bey dem Gottesdienst gebraucht werden, eine innere Heiligkeit hätten, und ein besonderes göttliches Eigenthum, mehr als andere Dinge, wären. Will jemand indessen diese Dinge res sacras nennen, so kann man ihm seinen Willen darin lassen. 2) Wir veräussern auch diese Sachen, so wie die Kirchengüter, wenn es die Noth, oder der Nutzen der Kirche erfordert; nur ist nöthig, daß die Obrigkeit, welcher die Aufsicht über die Kirche zusteht, gewöhnlich ein Collegium, das Consistorium heißt, die

Sache untersuche, und die Alienation erlaube. 3) Wir haben geheiligte Sachen und geheiligte Personen (res sanctas et personas sanctas), und zwar noch mehr als die Römer. Der Landesherr, alle öffentliche Personen, Gesandten, Obrigkeiten, Gerichtsdiener, desgleichen Soldaten werden als heilig angesehen; doch die drey letzteren nur alsdann, wenn sie in der Ausübung ihres Amtes und Dienstes begriffen sind. Denn wer sie alsdann beleidiget, setzt sich einer härtern Strafe aus. Geheiligte Sachen sind a) Residenzen und Wohnungen der Landesherren; auch andere Oerter, an welchen, vermöge besonderer Gesetze, Niemand bey schwerer Strafe freveln darf (*[1]). Man nennt diese Heiligkeit der Residenzen, Schlösser und anderer privilegirten Oerter den Burgfrieden. b) Alle öffentlichen Gebäude, Monumente, Brücken rc. c) Einem jeden sein eignes Haus; wer in dem Hause, das ich bewohne, mir oder den Meinigen, oder auch Personen, die nur bey mir sind, Verbal- oder Realinjurien zufügt, beleidigt, wie man sagt, den Hausfrieden (*[2]). d) Die öffentlichen Oerter, wo jemand sein Amt ausübt, z. E. Raths- und Gerichtshäuser, Amtsstuben, Hörsäle, Fechtboden, Tanzboden, Reitbahne rc. Auch e) zuweilen bewegliche Sachen, z. E. Pflüge (*[3]). Wer einen Pflug auf dem Felde stiehlt, wird härter als ein anderer Dieb gestraft. 4) Gräber und Grabmäler rechnet man am schicklichsten unter die res sanctas. Denn wer sich daran vergreift, wird mit einer härtern Strafe belegt, als wer andere Sachen violirt. Divini iuris sind sie wenigstens nicht; da Begräbnisse in Kirchen und auf Todtenäckern bey uns dem Commerz nicht entzogen sind, sondern verkauft, verschenkt, vermacht werden können u. s. w. so gut wie andere Dinge. Auch religiosae res sind sie weder im Sinne des Römischen Rechts, da wir an keine Manen glauben; noch nach den Principien des Canonischen Rechts, da wir die Todtenäcker nicht weihen. Wir schließen daher keine christliche Secte, auch keinen Ketzer davon aus.

(1) *Io. Sam. Stryk* diss. de sanctitate residentiarum. Estors kl. Schriften, 2. Th. 467 u. f. Seite.

(2) *Georg Beyer* diss. de violatione securitatis domesticae, in opusc. n. 7. *Frid. Gottl. Struv.* tract. de pace domestica, Ien. 1713. 4. *Ferd. Gerdes* diss. de pace domest. in Opp. part. 2. p. 225. sqq. *Carl Frid. Walck* de ead. mat. in opusc.

(3) *Frick.* libell. de aratrorum sanctitate, Helmst. 1760. 4.

§. 272. Eintheilung der rerum humani iuris.

Die res humani iuris sind entweder in dem Eigenthum der Menschen, oder nicht. Die letzten heißen *res communes*, oder auch *communes iure naturali*, *communes omnium hominum*, *communes negative tales*, *res nullius*, herrenlose Sachen Die ersten sind entweder im Eigenthum eines ganzen Volkes, oder einer Universitas, oder einzelner Menschen;

also entweder Staatsgüter (*res publicae*), oder Allmandsgüter, Allmeyen, Allmenden (*res universitatis*), oder Privatvermögen (*res privatae, res singulorum*). S. die 10. Tabelle.

Hiebey ist noch zweyerley anzumerken: 1) Der Ausdruck res communes bezeichnet in allgemeiner Bedeutung alle Dinge, auf welche mehrere Menschen ein gleiches Recht haben, folglich nicht allein die res nullius (denn jeder darf sie gebrauchen), sondern auch die res publicas, die res universitatis und diejenigen privatas, die mehr als einem Menschen gehören. Eben so bedeutet 2) das Wort publicae res zuweilen alle Sachen, welche nicht im Eigenthum einzelner Menschen sind, begreift also die res nullius, res populi und res universitatis. Daher kommt es, daß die Römischen Juristen dieselbe Sache bald zu den rebus publicis, bald zu den communibus rechnen (*1). Daß sie aber den wesentlichen Unterschied zwischen rebus publicis und communibus ganz übersehen haben, wie Einige behaupten (*2), ist ohne Grund (*3).

(1) *Waechtler* in not. ad *Noodt.* probabil. lib. 1. cap. 7. in eius opusculis, p. 220. *Westerberg* ad Pand. tit. 8. §. 15. sqq.

(2) *Noodt* probabil. lib. 1. cap. 7. et 8. *Gundling* ad Dig. lib. 1. tit. 8. §. 14. *Barbeyrac* ad *Grot.* de iure bell. et pac. lib. 2. cap. 3. §. 9. not. 5. *Coccell* ad *Grot* l. c. p. 587.

(3) *G. L. Boehmer* diss. de iure Principis circa loca et opera publica, cap. 2. §. 5. sqq. in Elect. iur. civ. tom. 1. p. 594. sqq. ibique citati.

§. 273. Was sind res nullius, publicae und universitatis?

Sachen also, welche in keines Menschen Eigenthum sind, die aber doch jedermann gebrauchen darf, heißen nullius; publicae res gehören einem ganzen Staat, einem ganzen Volk. Res universitatis endlich sind im Eigenthum einer Universitas (*1). *Universitas*, nemlich *personarum*, ist eine Gesellschaft mehrerer Menschen im Staate, welche sich unter öffentlicher Autorität zu einem fortdaurenden Zweck vereinigt haben (*2). Dergleichen sind Stadt- und Dorfgemeinden, Gilden oder Zünfte, Academien u. s. w.

(1) *Wolfgang Ad. Schoepf* diss. de bonis universitatum, quae germanice vocantur Allmanden, Tubing. 1740.

(2) *Casp Henr. Horn* diss. de possessione universitatis et quomodo ab eadem possideatur. (Viteb. 1701.) §. 6 sqq. *G. L. Boehmer* diss. cit. cap. 1. §. 13. p. 578 sqq.

§. 274. Sachen, die zu jeder Gattung gehören.

Herrenlose Sachen sind nach den Grundsätzen des Römischen Rechts a) die Luft. Denn niemand ist Eigenthümer derselben; jeder Mensch aber kann sie gebrauchen, wie und wozu er will. Nur bemerke man, daß die Luftsäule, welche über einem Grundstück stehet, dem Herrn des Grundstücks gehört, dergestalt, daß kein anderer einen Theil seines Gebäudes, Erker, Wetterdach u. d. gl. hinein ragen lassen darf (§. 359.) (*1). Ferner b) das vorbeyfließende Wasser. Aus einem Flusse nemlich darf jeder Mensch Wasser schöpfen, so

viel er braucht. c) **Das Meer und die Küsten.** Die See ist niemand eigen; Niemand darf nach Römischem Recht abgehalten werden, sie zu beschiffen. An den Küsten anzulanden und zu fischen, darauf eine Hütte aufzuschlagen, die Netze zu trocknen, ist allen Menschen erlaubt. Auch d) die wilden Thiere gehören unter die res nullius; daher ist jedem die Jagd erlaubt.

Publicae res sind die **Flüsse, Ufer der Flüsse, Seehäfen, Landstrassen, öffentlichen Plätze,** *fundi publici*, Aecker, Wiesen, welche dem ganzen Staat gehören rc. Ich sage, die Flüsse, die Ufer der Flüsse und Seehäfen sind publicae res. Dieß ist so zu verstehen. Was a) die Flüsse betrifft, so war, wie gesagt, das Schöpfen des Flußwassers jedem Menschen erlaubt; allein das Recht auf die übrigen Nutzungen der Flüsse im Römischen Gebiete, z. E. das Recht darauf zu schiffen, zu fischen rc. stand nur den Bürgern zu. b) **Die Ufer der Flüsse** sind in soweit publicae res, daß jeder Bürger mit Schiffen da anlanden und seine Waaren ausladen darf. Wenn indessen Jemand Ländereyen hat, die bis an den Fluß reichen, so ist das Ufer in soweit sein eigen, und das Recht Anderer, da anzulanden und auszuladen, ist alsdann ohne Zweifel dahin einzuschränken, daß dem Eigenthümer dadurch kein Schaden zugefügt werden darf (*2). Endlich c) verstatteten zwar die Römischen Gesetze, wie bemerkt, allen Menschen einen unschädlichen Gebrauch der Seeküsten im Römischen Gebiet; allein die Oberherrschaft über die Küste (imperium publicum), desgleichen die Häfen und die daraus zu ziehenden Nutzungen eigneten sie dem Römischen Volk zu (*3).

Res universitatis sind die Schauspielhäuser, Rennbahnen (stadia), Rathhäuser, liegende Güter, Wälder, Wiesen, Aecker, Viehtriften, Gefälle und Capitalien, die einer Universitas gehören, gemeine Brunnen, Backöfen, Brauhäuser rc.

(1) Nur in Ansehung der Bäume geht das Römische Recht von diesen Grundsätzen ab. S. §. 327.

(2) §. 4. I. h. t. sagt: Riparum quoque *usus publicus* est iure gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen navigare. Sed *proprietas* earum illorum est, *quorum praediis haerent;* qua de causa arbores quoque in eisdem natae eorundem sunt.

(3) So ist es also zu vereinigen, wenn *litora maris* an einigen Stellen z. B. §. 1. et 5. I. h. t. L. 2. §. 1. D. de rer. divis. L. 14. D. de A. R. D. unter die *res communes*, und an andern z. B. L. 3. et 4. D. ne quid in loc. publ zu den *publicis* gerechnet werden. *Boehmer* l. c. cap. 2. §. 6.

§ 275. Zwey Gattungen der rerum universitatis und publicarum.

Sowohl die res publicae, als die res universitatis sind von zweyerley Art. Nemlich die publicae sind entweder *publicae res* im strengen Verstand, oder *patrimonium populi;* und die res universitatis ebenfalls entweder ei-

gentliche *res universitatis*, oder *patrimonium universitatis*. Publicae res in eigentlichem Verstande sind ein Eigenthum des ganzen Volkes, und jeder Bürger darf sie gebrauchen. Dergleichen sind die Flüsse, Ufer der Flüsse, Seehäfen, Landstrassen. Hingegen solche Dinge, welche zwar dem ganzen Volke gehören, aber doch nicht jedem einzelnen Bürger zum Gebrauch verstattet sind, gehören zum patrimonio populi s. reipublicae. Von dieser Art sind die agri publici und alle Güter, deren Einkünfte zu der Staatscasse bestimmt sind (*1). Auf gleiche Weise versteht man unter den eigentlichen rebus universitatis Sachen, welche der ganzen Universitas gehören, und die jedes Mitglied der Universitas gebrauchen darf, wovon also jedes Mitglied unmittelbar Nutzen zieht. Unter dem patrimonio universitatis hingegen Dinge, deren Gebrauch nicht jedem Mitglied der Universitas erlaubt ist, sondern deren Nutzungen zum gemeinen Besten der Universitas verwendet werden, und die also jedem einzelnen Mitglied nur indirecten und mittelbaren Vortheil geben. An einigen Orten heissen sie Kämmereygüter. Z. E. gemeine Triften, gemeine Brunnen, Backöfen, Brauhäuser, Todtenäcker sind res universitatis in engerer Bedeutung; denn jedes Mitglied der Gemeinde kann Gebrauch davon machen. Hingegen Capitalien und Gefälle gehören zum Patrimonium der Universitas. Denn sie werden zu Bestreitung der gemeinen Ausgaben verwendet, und die einzelnen Mitglieder der Universitas sind nicht befugt, sie zu benutzen. So war auch bey den Römern ein servus publicus keine res universitatis stricte; sondern patrimonium universitatis. L. 6. §. 1. D. h. t. Er musste im Dienste der ganzen Universitas, aber nicht jedes einzelnen Mitglieds arbeiten.

Zu den Zeiten der ersten Kayser unterschied man *fiscum* und *aerarium publicum* oder *populi*. Fiscus war die Casse des Kaysers; aerarium, die eigentliche Casse des Staats, worüber der Senat disponirte. Allein der Unterschied hörte in der Folge auf, und alle öffentlichen Einkünfte flossen in die Casse der Kayser (*2).

(1) Pomponius L. 6. pr. de contr. emt. nennt diese Sachen: publica, quae non *in pecunia populi*, sed in publico usu habentur. L. 6. pr. de contrah. emt. *G. L. Boehmer* diss. cit. cap. 1. §. 2.

(2) *Heinecc.* ad L. Iul. et Pap. Popp. lib. 3. cap. 5. § 2.

§. 276. Deutsches Recht.

Die bisher vorgetragenen Grundsätze des Römischen Rechts sind heutiges tages nicht durchaus angenommen. Denn nicht jeder Staatsbürger darf die Dinge gebrauchen, welche der Römer ad res nullius oder publicas stricte rechnet, und jedem Menschen oder Bürger zu brauchen erlaubt. Das Recht, sie zu benutzen, ist an den meisten Orten zu den Regalien gezogen worden;

d. i. die Landesherren haben den Gebrauch von vielen dieser Dinge sich ausschließlich zugeeignet, weil sie einen ansehnlichen Nutzen daraus ziehen können, anstatt, daß, wenn sie jedem zum Gebrauche frey stehen, sie bald erschöpft und zernichtet werden. Z. E. aus der Jagd und Fischerey kann der Landesherr Nutzen ziehen, wenn sie ihm allein zusteht; sobald hingegen jedermann jagen und fischen darf, wird die Wildbahn und Fischerey in kurzer Zeit gänzlich ruinirt seyn. (vergl. §. 307.) In verschiedenen Ländern hat allein der Landesherr das Recht Mühlen anzulegen, und wer eine, auch an seinem eigenen Bache, anlegen will, muß höhere Erlaubniß dazu haben (*1). Auch die Luft, sobald daraus ein wichtiger und besonderer Nutzen gezogen werden will, gehört nach der Verfassung mancher Provinzen dem Landesherrn. Daher kann niemand ohne dessen Erlaubniß eine Windmühle anlegen (*2). Ueber das Eigenthum des Meeres ist in den neuern Zeiten viel geschrieben worden. Besonders ist des Grotius Schrift mare liberum, und Seldens mare clausum berühmt. Natürliches Völkerrecht und Herkommen bey den europäischen Nationen stimmen darin überein, daß der Ocean niemanden eigenthümlich zugehöre, noch zugehören könne, daß aber kleinere Meere im Eigenthum eines Volks seyn können, und daß auch der an das Land grenzende Theil des Oceans dem Volk gehöre, welchem das Land gehört.

(1) Runde deutsches Recht §. 103. Glück über Hellfeld §. 169. Not. 18. und die dort angeführten Schriftsteller. Für die natürliche Freyheit der Unterthanen, eine Windmühle anzulegen, streitet die Vermuthung.

(2) *Sam. Stryk* diss. de iure Principis aëreo, cap. 4. n. 16. Opp. tom. 5. p. 624. *Klock* de aerar. lib. 2. cap. 8. n. 3. Runde am a. O. §. 105. — Man vergleiche *Leyser* Medit. ad Pandect. spec. 426. m. 8.

§. 277. Von Privatsachen.

Res singulorum, Privatgüter, sind Sachen, die einzelnen Menschen gehören, das heißt einem oder mehreren; nur müssen die mehreren kein Volk ausmachen, sonst ist die Sache res publica; auch keine universitatem; denn in diesem Falle wäre es res universitatis.

278. Eintheilung der Sachen in res universales und singulares.

Die zweyte Eintheilung der Dinge, welche in diesem Titel vorkommt, ist die in einzelne und allgemeine, *res singulares* und *universales*. Res singularis nemlich heißt 1) eine körperliche Sache, die entweder a) zusammenhangende gleichartige Theile hat, dergestalt, daß man nicht sagen kann, hier hört der eine Theil auf, hier fängt der andere an, z. E. ein Tisch, ein Bogen Papier; oder, b) deren Theile zwar von verschiedener Art, aber doch miteinander verbunden sind (*1), z. E. ein Haus, eine Uhr. Auch 2) eine einzelne unkörperliche Sache (§. 340.), ein einzelnes Recht, ein einzelnes genus, heißt res singularis.

Res universalis hingegen, oder universitas rerum bestehet aus mehreren, von einander verschiedenen und abgesonderten Dingen, die zusammen als Ein Ding angesehen, und unter Einem gemeinschaftlichen Namen begriffen werden (*totum per adgregationem*); z. E. eine Erbschaft kann aus vielerley beweglichen und unbeweglichen, körperlichen und unkörperlichen Dingen bestehen. Diese alle zusammen aber werden Erbschaft genannt, und als Ein Ding angesehen. Daher ist diese Erbschaft eine res universalis, oder universitatis rerum. Eine Bibliothek besteht aus mehreren Büchern, die aber zusammen ein Ganzes ausmachen, und einen gemeinschaftlichen Namen führen. Auch sie also ist eine universitas, oder res universalis.

Die universitates werden insgemein wieder eingetheilt in universitates *iuris* und universitates *hominis*. Jener, heißt es, giebt es nur zwey, hereditas und peculium; dieser aber unzählige, z. E. eine Bibliothek, eine Heerde, ein Waarenlager, die Brautgabe einer Ehefrau, das Inventarium oder Schiff und Geschirr eines Landgutes, das Handwerkszeug eines Professionisten, das Sortiment eines Buchhändlers. Bey der universitate iuris, sagt man weiter, gilt die Regel: surrogatum sapit naturam eius, in cuius locum surrogatum est, oder: pretium succedit in locum rei, et res in locum pretii, das heißt, wenn eine Sache verkauft wird, die zu einer universitate iuris gehört, so wird der Kaufschilling für einen Theil der universitatis angesehen; und wenn der Besitzer einer solchen universitatis Geld daraus nimmt, und etwas für die *universitatem* anschafft: so wird die Sache auch als ein Stück der universitatis angesehen. Diese Regeln gelten hingegen nicht bey den universitatibus hominis.

Ich habe selbst die Sache vormals auf diese Art vorgetragen, allein näher an die Ideen der classischen Juristen (*2) schließt sich doch folgende Vorstellungsart an. Wer ein Recht auf eine Sache hat, der kann deswegen, im Fall diese Sache verkauft wird, nicht den Kaufschilling von jedem Besitzer fordern. Man denke sich den Fall, es wird mir eine Sache gestohlen, A. kauft sie; und verkauft sie weiter an B. für 100 Thlr. Kann ich gegen A. klagen, daß er die aus meiner Sache erlößten 100 Thlr. herausgebe? Nein. Eben so wenig kann ich eine Sache aus dem Grunde, weil sie für mein Geld erkauft ist, von jedem Besitzer vindiciren (*3). Wenn ich einem z. E. 100 Thaler aufzuheben gebe, und er dafür ohne mein Vorwissen für sich eine Sache kauft, diese Sache weiter an B. überläßt, so kann ich sie von diesem nicht vindiciren. Dieß drückt man so aus: *in singularibus pretium non succedit in locum rei, nec res in locum pretii.* Wenn aber 1 eine Klage auf das ganze Vermögen eines Menschen angestellt wird, z. E. Jemand stellt eine Klage auf den Nachlaß eines Verstorbenen; ein Vater stellt sie auf das Vermögen

seines arrogirten Sohnes; ein Sohn auf sein peculium an, u. s. w.: so kann der Kläger auch das Geld, welches der Besitzer aus einem verkauften Vermögensstück erlöset hat, als ihm gehörig fordern (*4); und umgekehrt, wenn Geld von diesem Vermögen zu Erkaufung einer Sache angewendet worden ist: so kann der Kläger auch diese Sache als die seinige in Anspruch nehmen (*5); *in universalibus res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei.* Sodann giebt es 2) Personen, welche das besondere Vorrecht haben, daß sie eine Sache als ihr Eigenthum in Anspruch nehmen können, wenn sie mit ihrem Gelde erkauft ist (§. 344.).

Noch ist aber hierbey anzumerken: obgleich ausser den gedachten zwey Fällen der Werth nicht an die Stelle der Sache tritt, so muß ich doch, wenn ich eine fremde Sache umsonst bekommen und verkauft habe (z. E. wenn ich eine Sache besaß, in der Meynung, daß sie mir vermacht sey, und sie verkaufte), dem Eigenthümer den Werth, durch den ich reicher geworden bin, erstatten. Dieß ist nach der unten angeführten L. 23. *de reb. cred.* ausser Zweifel. Eben dieses ist auch Rechtens in dem Falle, wenn ich eine fremde, z. E. gestohlene Sache, wohlfeil kaufe, und theuer verkaufe. Auch hier bin ich schuldig, dem Eigenthümer (wofern er nicht im Stande ist, die Sache selbst zu vindiciren) den Gewinn herauszugeben (*6).

(1) Pomponius L. 30. de usurpat. sagt: tria autem genera sunt corporum; unum, quod continetur *uno spiritu* — *et unitum* vocatur. Eben so drückt sich Paullus L. 23. §. 5. de rei vind. aus: tota statua *uno spiritu* continetur; dieß ist aus der stoischen Philosophie zu erklären. Die Stoiker behaupteten, durch die ganze Welt sey etwas Geistiges verbreitet, das die Körper zusammenhalte. In Körpern, deren Theile von gleicher Art sind, sey Ein Geist, in Körpern von ungleichartigen Theilen mehr als Einer. *Senec.* nat. quaest. lib. 2. cap. 2. *Boers* diss. de anthropologia Ictorum romanor. quatenus stoica est, in *Oelrichs* thesaur. diss. Belgicar. Vol. 3 Tom. 2. p. 119. sq. Die Scholastiker nennen ein Ding der ersten Art *unum per se*, der letzten Art *unum per accidens ex unitis.*

(2) Die Classiker nennen auch Dinge, welche aus mehreren zusammenverbundenen Theilen bestehen, z. E. ein Haus, ein Schiff, eine *universitatem.* L. 30. D. de A. vel. A. P. verglichen mit L. 23 de usurp.

(4) L. 48. §. ult. D. de furt. L. 21. C. de probat. (IV. 19.)

(4) Durch ein Senatsconsult unter Hadrian wurde festgesetzt: a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum fuisset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent, deminutaeve fuissent, restituere debere. L. 20. §. 6. D. de hered. petit. Ulpian setzt §. 10. hinzu: non solum autem in hereditate utimur Senatus consulto, sed et in *peculio castrensi*, vel *alia universitate.* Ob übrigens das, was Ulpian von dem peculio *castrensi* sagt, auf die übrigen Gattungen des peculii ausgedehnt werden könne, ist sehr bestritten. Einige, z. E. *Cuiac.* ad Dig. Iulian. lib. 78. Opp. post. (edit. Guerin. et Colom-

Colombet.) Tom. 2. P. 3. p. 472. *Mudaeus* ad tit. pand. de hered. petit. n. 9. p. m. 421. sqq. läugnen dieß, allein, wie ich glaube, ohne Grund. Denn Ulpian sagt ja: vel alia universitate. S. *Branchu* obs. dec. 1. p. 59. Eine vollständige Erklärung des Senatusconsultes giebt *Heinecc.* in histor. edictor. opusc. post. p. 449. sqq.

(5) L. 20. pr. L. 22. eod. Doch sind diese Sätze, wie in der L. 20. §. 1. et 2. eod. bemerkt wird, nur unter folgender Einschränkung wahr: wenn der Besitzer des in Anspruch genommenen Vermögens die Sache nicht in der Absicht gekauft hat, daß sie ein zu diesem Vermögen gehöriges Stück werden solle (si sui causa emit, sagt Julian); so kann der Kläger die Sache nicht fordern, sondern muß sich mit dem Gelde begnügen. Allein auch umgekehrt: wenn der Besitzer etwas von dem Vermögen verkauft hat, nicht, um eine Schuld dieser Vermögensmasse zu tilgen, so kann der Kläger die Sache selbst, d. i. ihren wahren Werth nebst den Früchten verlangen, und ist nicht schuldig, sich mit dem Kaufgelde abfinden zu lassen.

(6) L. 23. D. de reb. cred. *Cujacius* ad Africanum tract. 2. init. opp. (edit. cit. Tom. 1. p. 948. *Carpzov.* P. 4. const. 39. def. 9 *Struv.* synt. Ex. 11. th. 13. *Stryk* de act. investig. sect. 1. membr. 2. §. 43. sqq. *Hert* paroem. lib. 1. par. 17. §. 5. Opusc. Vol. 2. Part. 3. pag. 280. *Boehmer* de act. Sect. 2. cap. 2. §. 14. Indessen nehmen verschiedene Juristen diese Ausdehnung nicht an, weil der Satz in der L. 23. gegen die Analogie sey. *Franzk.* resolut lib 2. res. 9. n. 125. sq. *Büchner* commentat. de b. f. emtore singulari a restitutione tueri, quod ex re rursus vendita percepit, etiam eo in casu, quo verus dominus rem suam vindicare nequit, immuni. Goett. 1780. 8.

§. 279. Die Dinge sind entweder res mancipi, oder nec mancipi.

Die dritte Eintheilung der Dinge ist: res vel *mancipi* sunt, vel nec *mancipi*. Die Beschaffenheit dieser Eintheilung ist nicht ganz ausgemacht (*1). So viel ist gewiß, daß die Häuser und liegenden Güter in Italien mit den ihnen zustehenden Rechten, ferner die Sklaven und Lastthiere res mancipi waren. Auch sieht man aus einer Stelle von Cicero (*2), daß die res mancipi in dem Schatzungsprotocoll einzeln und namentlich, das übrige Vermögen eines Römischen Bürgers hingegen nur überhaupt, nur die Summe davon eingetragen wurde. Eine sollenne Handlung, wodurch eine res mancipi von einem Eigenthümer auf den andern übertragen wurde, hieß *mancipatio, mancipium* oder *nexus* (*3). Es war dabey wahrscheinlich eine öffentliche Person zugegen. Diese mancipatio hatte also ungefähr den Endzweck, wie das Ab- und Zuschreiben in den Steuerbüchern, welches heutigestages gewöhnlich ist, wenn liegende Güter veräussert werden. Darüber aber ist viel geschrieben und gestritten worden, was denn nun eigentlich der Character einer rei mancipi war, ob res mancipi nicht anders als durch eine Mancipation veräussert werden konnten, und, umgekehrt, auch die Mancipation nur bey rebus mancipi Statt fand; ferner ob nur eine res mancipi im dominio *Quiritario* seyn

(§. 288.), oder ob man auch über res nec mancipi ein solches Eigenthum haben konnte ꝛc. Es würde allotrisch seyn, wenn ich mich über diese Fragen hier ausbreiten wollte. Denn Justinian hat die ganze Eintheilung der Sachen in res mancipi und nec mancipi aufgehoben.

Die vierte Distinction der Dinge, die Eintheilung nemlich in körperliche und unkörperliche, wird in einem eigenen Titel, im zweyten dieses Buchs, vorkommen. Wir gehen also, nachdem wir den ersten Theil unsers Titels, *de rerum divisione*, abgehandelt haben, zum zweyten, *de adquirendo earum dominio*, über.

(1) Man s. außer den in der Lipenischen Bibliothek, unterm Artikel *res mancipi* angeführten Schriften, *Wernher* vol. 3. part. 1 obs. 13. *Pufendorf* Tom. 2. obs 79. — Hugo Civil. Magaz. II. 1, 57. u. Lehrb. der Gesch. d. Röm. Rechts §. 151. ꝛc.

(2) *Cic.* pro Flacco, cap. 32.

(3) *Gottfr. Mascov.* opusc. p. 104. sqq.

§. 280. Das Recht ist entweder dinglich, oder persönlich, oder Possessionsrecht.

Das Recht, welches einem Menschen in Ansehung einer Sache zusteht, heißt *ius rerum*. Dieses ist dreyerley: *ius in re* oder *in rem*, *ius ad rem* oder *personale*, und *ius possessionis* (S. die 11. Tabelle (*1)). Wenn mir ein Recht unmittelbar auf eine gewisse Sache zustehet, und ich vermöge dessen gegen jeden Besitzer der Sache, welcher mir die Sache vorenthält, klagen kann, so heißt es ein dingliches Recht, *ius in re* oder *in rem* (*). Kommt mir hingegen 2) das Recht nur gegen eine Person zu, welche verbunden ist, mir etwas zu thun oder zu geben, so heißt es ein Recht gegen die Person, *ius ad rem*, oder *ius in personam*. Endlich 3) wenn ich eine Sache besitze, so habe ich um dieses Besitzes willen gewisse Befugnisse, und diese heißen *ius possessionis*. Insgemein sagt man: omne ius rerum *vel est in re, vel ad rem*, und läßt das ius possessionis aus; allein mit Unrecht. Denn dieses Recht ist eine eigene Gattung, die sich weder unter das ius in re, noch unter das ius ad rem bringen läßt (*2). Die Eintheilung des Sachenrechtes ist also unvollständig, wenn man diese Gattung wegläßt. Vom Possessionsrecht wird §. 281. 282. und 283. vom iure in re und ad rem §. 284. u. f. f. gehandelt werden.

(1) Ich habe in den vorigen Ausgaben auch das ius occupandi als eine vierte Gattung des dinglichen Rechtes genannt. Allein da dieses Recht nichts als ein Ausfluß der natürlichen Freyheit ist, auch keinen bestimmten Gegenstand hat, so habe ich es jetzt unter den Gattungen des dinglichen Rechtes weggelassen.

(*) Der Zusatz, daß man vermöge des dinglichen Rechts gegen jeden Besitzer, der uns die Sache vorenthält, klagen könne, macht den Begriff nur schwierig, da es unstreitig dingliche Rechte giebt, die nicht gerade gegen alle andere Besitzer ohne Unterschied eine Klage gestatten (§. 345. 705.). Der Verfasser

bemerkt auch selbst §. 285, daß die dingliche Klage nur der Regel nach gegen jeden Besitzer Statt finde, daß aber dieß nicht ohne alle Ausnahmen gelte. Allein der Begriff einer Sache ist auf das Wesentliche einzuschränken, was keine Ausnahmen gestattet. Dieß besteht bey einem dinglichen Rechte – ius in rem – darin, daß es Jemanden nicht bloß gegen bestimmte, ihm besonders verpflichtete Personen, sondern in Ansehung eines gewissen Gegenstandes überhaupt zusteht, dahingegen das persönliche Recht – ius in personam – allemal die Verbindlichkeit gewisser Subjecte, die dem Berechtigten schuldig sind etwas zu leisten, oder zu unterlassen, betrifft, und mit dieser Verbindlichkeit steht und fällt. Man vergleiche übrigens Thibaut über Dingliches und Persönliches Recht; in den Versuchen über d. Theorie des Rechts. II. 2. W.

(a) Dieß zeigt *Friesen* diss de genuina possessionis indole, §. 5. sqq. ausführlich.

§. 281. Was ist das Possessionsrecht?

1) Um die Natur des Possessionsrechts einsehen zu können, müssen wir zuvor wissen, was der Besitz mit seinen verschiedenen Gattungen ist.

Der Besitz ist das physische Vermögen, über eine Sache zu verfügen, verbunden mit der Absicht, die Sache zu behalten. Also 1) das physische Vermögen gehört dazu, ich muß über die Sache verfügen können. Ob ich befugt bin, darüber zu disponiren, oder nicht, gilt gleich viel; genug ich kann es. Besitz und Recht sind ganz verschiedene Dinge. Possessio non est iuris, sed facti, sagen daher die Juristen. Der Dieb und Räuber können über die gestohlne, geraubte Sache disponiren, ob sie gleich durchaus kein Recht dazu haben; sie sind also im Besitze. Man nennt das physische Vermögen, zu verfügen, die Detention, und den, der es hat, *detentor*. Aber auch 2) die Absicht, die Sache zu behalten, ist zum Besitz erforderlich. Ob sich diese Absicht mit den Gesetzen vereinigen lasse, oder nicht, ob ich die Sache immer, oder nur eine Zeitlang, ob ich sie als eigen, oder nicht als eigen zu behalten willens bin, darauf kommt wieder nichts an. Wo aber jene Absicht, die Sache zu behalten, ganz fehlt, da ist auch kein Besitz. Wenn ich z. E. einen im Felde gefundenen Stein aufhebe, und in der Hand habe, um ihn zu besehen; wenn jemand seine Handschuhe in meinem Zimmer liegen läßt, so besitze ich den Stein, die Handschuhe nicht; ich bin nicht *possessor*, sondern bloßer *detentor*, denn ich habe die Absicht nicht, diese Dinge zu behalten. Ein anderes Beyspiel giebt Paullus (*1). Qui iure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere; quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit.

Das erste Stück des Besitzes ist also das physische Vermögen, über die Sache zu verfügen, *detentio*. Ich bemerke dabey: 1) wenn ich, um über die Sache verfügen zu können, erst eine gewisse Handlung unternehmen muß, und es noch ungewiß ist, ob ich durch diese Handlung die Sache in meine Gewalt bekommen werde, oder nicht: so bin ich noch nicht im Besitze. Daher behaup-

tet Paullus (*2) mit Recht, daß man wilde Thiere *in vivariis*, d. i. in einem engen Behälter, wo man sie greifen kann, und Fische *in piscinis*, in Fischkästen, besitze; hingegen die Thiere in einem Park, quae in *sylvis circumceptis* vagantur, die Fische *in stagno*, in einem Teiche (wenn er nicht abgelassen werden kann) nicht besitze.

2) Ich habe das physische Vermögen, nach der Lehre der juristischen Classiker, so lange, als a) die Umstände mir erlauben, über die Sache zu disponiren, und b) ein anderer Mensch nicht befugt ist, mir zu wehren, daß ich eigenmächtig, d. i. ohne richterliche Hülfe über die Sache disponire. Sobald ein Andrer mir dieß zu wehren befugt ist, sobald ich mir gegen die Eingriffe des Andern nicht mehr selbst helfen darf, sondern die Hülfe der Obrigkeit suchen muß, ist meine physische Kraft von den Gesetzen gleichsam gelähmt, und mein Besitz ist verlohren. Daher fließt der merkwürdige Unterschied zwischen dem Besitze beweglicher und unbeweglicher Sachen. Wenn sich jemand heimlich oder mit Gewalt meiner unbeweglichen Sache anmaßt, so bin ich befugt, ihn eigenmächtig daraus zu vertreiben, nur muß es sogleich, sobald ich seine Anmassung erfahre, geschehen (*3a). Wenn mir hingegen jemand eine bewegliche Sache gestohlen, geraubt hat, oder auf andere ungerechte Art vorenthält; so bin ich nicht befugt, sie ihm eigenmächtig zu nehmen, ich muß klagen. Daher behalte ich den Besitz einer unbeweglichen Sache, so lange ich nicht weiß, daß sich ein Anderer ihrer anmaßt; ich habe ihn verlohren, a) wenn ich es erfahre, und nicht sogleich den Usurpator vertreibe; oder b) wenn ich es unternehme, ihn zu vertreiben, und zurückgewiesen werde. Denn nun muß ich bey der Obrigkeit Hülfe suchen. Den Besitz einer beweglichen Sache hingegen verliere ich, sobald ein Anderer, z. E. der, dem ich sie geliehen, aufzuheben gegeben habe, darüber als über sein Eigenthum verfügt (si rem contrectat animo retinendi); noch mehr, wenn er läugnet, daß er sie habe, oder gar behauptet, daß er nicht schuldig sey, sie mir wieder zu geben (*3b).

3) Mein physisches Vermögen zu verfügen, kann durch äußerliche Umstände, oder durch Verträge auf eine Zeitlang erschwert, eingeschränkt seyn. Wenn es mir nur nicht völlig benommen ist, so ist auch mein Besitz nicht verlohren. Ich sage, durch äußerliche Umstände kann das physische Vermögen beschränkt, erschwert seyn. Wenn z. B. mein Schiff auf der See ist, so kann ich zwar nicht auf alle, aber doch auf einige Weise darüber verfügen. Ich kann es ja verkaufen, verpfänden, vermiethen. Versinkt es aber, so ist von jetzt an das physische Vermögen und der Besitz weg. Wenn ich meine Sache in meinem Hause verlegt habe, so ist das physische Vermögen erschwert, mir aber doch nicht ganz benommen. Verliere ich hingegen die Sache auf der Straße, ein-

Andrer findet sie, und nimmt sie mit sich; so ist das physische Vermögen, und mit ihm der Besitz dahin. Auch durch Verträge kann das physische Vermögen zu verfügen, eine Zeitlang eingeschränkt, und in Gefolge eines Vertrags zwischen mehreren Personen getheilt seyn; der Eine ist im Stande, einige Verfügungen zu machen, der Andere aber auch einige. Alsdann sind beyde im Besitz. Wenn ich z. B. eine Sache verpachtet, oder zum Pfand gegeben habe, so hat der Pachter, der Pfandgläubiger das physische Vermögen, über die Sache zu verfügen, und ist daher Besitzer. Allein ich habe darum jenes Vermögen nicht völlig verlohren. Ich kann ja auch, ohne daß es mir jemand wehrt, und noch ehe die Miethzeit zu Ende, ehe die Schuld bezahlt ist, mancherley Verfügungen mit der Sache vornehmen, alle, die dem Rechte des Pachters, oder Gläubigers keinen Eintrag thun; bin folglich Besitzer der vermietheten Sache oder des Pfandes. So können demnach Mehrere eine und dieselbe Sache zugleich und ganz besitzen (*4).

4) So lange ich das physische Vermögen zu verfügen habe, bin ich im Besitze, ich mag nun bey der Sache gegenwärtig seyn, oder nicht; jenes Vermögen selbst, oder durch einen Andern ausüben können; wirkliche Verfügungen vorgenommen haben, oder nicht. Ich bin im Besitze eines auch hundert Meilen weit entfernten Gutes, wenn ich nur, sobald ich will, darüber verfügen kann. Ein Buch meiner Bibliothek besitze ich, wenn ich es auch nie in die Hand nehme. Thathandlungen gehören nicht zum Besitze, sondern machen die Ausübung des Besitzes aus. Possessio und usus sind ganz verschiedene Dinge (*5).

Das zweyte Erforderniß des Besitzes ist: die Absicht, die Sache zu haben und zu behalten, *affectus tenendi*, wie es Paullus (*6) nennt; der Wille, sie gar nicht, oder wenigstens für jetzt nicht wegzugeben. Eine Folge davon ist: wenn ich nicht weiß, daß eine Sache in meiner Verwahrung ist, z. B. daß ein Schatz in meinem Hause, in meinem Garten liegt, so besitze ich sie nicht (*7).

Indessen giebt es Fälle, wo das Gesetz jene Absicht durch eine Fiction suppliret. Dahin gehöret, a) wenn der Besitzer rasend wird, denn nach den Gesetzen verliert er dadurch den Besitz nicht (*8). b) Wenn einem Kinde etwas geschenkt wird; davon kann es den Besitz erwerben. c) Wenn ich meinem Sklaven oder filio familias ein peculium gebe. Erwerben diese jetzt einen Besitz, so werde ich als Besitzer angesehen.

Dieß wäre also der richtige Begriff des Wortes Besitz. Allein um die juristischen Classiker zu verstehen, muß man wissen, daß bey ihnen *possidere* und *possessor* nicht immer den allgemeinen Begriff von besitzen, Besitzer ausdrückt. Denn 1) zuweilen bezeichnen sie damit blos den Besitz, welcher den

Besitzer in den Stand setzt, zu usucapiren (§. 393). Von solchen Besitzern, die nicht usucapiren können, sagen sie: *non possident*. Zuweilen dehnen sie 2) den Begriff etwas mehr aus, und sagen auch von solchen Besitzern, welche nicht usucapiren können, aber doch nicht blos in fremdem Namen besitzen: possident (§. 282. Not. 8). Endlich 3), wiewohl selten, nehmen sie ihr possidere so weitläuftig, daß sie es auch von den Besitzern brauchen, die eine fremde Sache in fremdem Namen besitzen. Mit den Ausdrücken *possessio*, und *in possessione esse*, sind sie schon weit freygebiger, als mit *possidere* und *possessor*. Sie sagen von manchen Besitzern: in possessione sunt, sed non possident, non sunt possessores (*9). Es ist daher eine vergebliche Mühe, wenn man eine Definition des Besitzes geben will, die sich mit allen diesen Stellen vereinigen lassen soll. Unterscheidet man aber vorsichtig die verschiedenen Bedeutungen, welche die Ausdrücke possidere und possessio haben, und untersucht in jeder Stelle aus dem Zusammenhang, welche Bedeutung zum Grunde liegt, so sind die Schwierigkeiten in der Lehre vom Besitze eben so unauflöslich nicht, und der widersprechenden Gesetzstellen so viele nicht, als Manche, z. B. Leyser (*10) glauben (*11).

(1) L. 41. de A. vel A. P.

(2) L. 3. §. 14. de A. vel A. P. eine Stelle, worüber viel geschrieben worden ist. S. *Grotius* de I. B. et P. lib. 2. cap. 8. §. 2. *Pufendorf* de iur. nat. et gent. lib. 4. cap. 6 §. 11. ibique *Mascov. Hotomann.* lib. 8. obs. 7. *Noodt* obs. lib. 1, cap. 11. *Wieling* lect. iur. civ. lib. 1. cap. IV. *Crell* diss. de vivariis, §. 9. *Nettelbladt* diss. de vero sensu L. 3. §. 14. cit. Hal. 1774. Dieser letzte nimmt an, Paullus rede von Wäldern, die man nicht so umzäunt, daß das Wild darin verwahrt wird, wo es einen freyen Ein- und Ausgang hat. Dieser Meynung aber kann ich nicht beypflichten. Ich glaube, daß man auch Wild in einem mit Mauern oder hohen Pallisaden umgebenen Walde nicht besitzt.

(3 a) L. 26. de A. vel A. P.

(3 b) L. 3. §. 18. de A. vel A. P. Wie damit L. 47. eod. zu vereinigen ist s. bey *Cuiac.* ad Papin. quaest. p. m. 650. *Averan* interp. lib. 1. cap. 28. n. 19.

(4) Schon unter den Classikern wurde gestritten, ob mehrere dieselbe Sache in solidum besitzen können. *Mascov.* de sect. p. 255. Die Neueren haben den Streit fortgesetzt. *Galvan.* de usufr. cap. 34. n. 13. sqq. zeigt, daß dieß allerdings in gewissem Verstande möglich ist.

(5) Wenn man blos auf den gemeinen Sprachgebrauch des Wortes Besitz Rücksicht nimmt, so kann man mir das physische Vermögen zu verfügen wohl nur so lange beylegen, mich nur so lang für den Detentor gelten lassen, als kein Andrer mich an der Verfügung wirklich hindert. Der Besitz einer unbeweglichen Sache ist also verlohren, sobald sich ein Andrer ihrer anmaßt, und ohne meinen Willen darüber verfügt; wenigstens von der Zeit an, da ich über die Sache verfügen will, und der Andere es mir nicht gutwillig erlaubt. Dieß haben auch unsre Classiker sehr gut eingesehen. Man sehe L. 25. §. 2. de A. vel A. P. Allein nach jenen Begriffen wäre der Besitz einer unbeweglichen Sache etwas sehr ver-

gängliches, hinfälliges, und das wollten die Römischen Gesetzgeber nicht, weil sie dem Besitze so große Vorzüge beylegten, insonderheit die Wirkung der Usucapion, und diese wenn die obige Regel gelten sollte, alle Augenblicke unterbrochen werden könnte. Darum sagt Paullus am a. O. *utilius est*, es ist besser: daß man festgesetzt hat, der Besitz dauere so lang, als kein Andrer befugt ist, mir die eigenmächtige Verfügung über die Sache zu verwehren. In den Fällen übrigens, wo es zweifelhaft ist, ob man sagen kann, Jemand habe das physische Vermögen zu verfügen, oder er habe es nicht, zweifelten auch schon unsre Classiker, ob man ihm den Besitz zuschreiben könne. So waren sie z. B. ungewiß, ob man behaupten könne, daß ich einen in meinem Grundstück vergrabenen Schatz, L. 3. §. 3. dict. tit. oder einen mir entlaufenen Sklaven besitze, L. 1. §. 8. L. 13. L. 15. d. tit. L. 17. §. 3. de furt. Das nahmen sie indessen dem Begriff des Besitzes völlig gemäß an, daß ich den entlaufenen Sklaven nicht mehr besitze, sobald ihn ein Anderer in Besitz nimmt, oder wenn er sich für einen freyen Menschen ausgiebt, und seine Freyheit gerichtlich gegen mich verfechten will.

(6) L. 1. § 3. de A. vel A. P.

(7) L. 3. §. 3. eod.

(8) L. 27. D. eod. Ich sage, wenn der Besitzer rasend wird. Denn ein Rasender kann keinen Besitz erwerben.

(9) Man sehe zum Beyspiel L. 10. §. 1. de A. vel A. P. wo Ulpian sagt: longe diversum est *possidere* et *in possessione esse*. L. 1. §. 8. L. 3. §. 20. L. 23. §. 2. L. 49. §. 1. eod. L. 15 §. 2. qui satisd. cog. L. 6. §. 2. de precar. L. 5. §. 1. ad exhib. L. 10. §. 5. de A. R. D. L. 9. de rei vind. L. 33. §. 1. in fin. de usurpat. L. 2. C. de praescript. XXX. annor. (VII. 39.) §. 1. Instit. per quas pers. cuique adquir.

(10) *Leyser* sp. 451. med. 1. sqq.

(11) Die neuesten Schriften über den Besitz sind: 1) *Angel. Jac. Cuperi* observationes selectae de natura possessionis Lugd. Bat. 1789. 4. Der Verf. bestreitet den gemeinen Begriff von der Civilpossession, will zeigen, daß Galvanus, Cujaz, Maranus, Vinnius rc. durchaus nicht gewußt haben, was possessio civilis ist, und stellt ein ganz neues System auf. Männer, die mir sehr achtungswürdig sind, haben die Abhandlung gelobt. Mir scheint sie große Aehnlichkeit zu haben mit des viri beatae memoriae, Salmasius, bekannten diatr. mutuum non esse alienationem. Es fehlt ihr eben so wenig an Gelehrsamkeit, und eben so sehr an richtiger Beurtheilung und hellen Begriffen. 2) Carl F. W. von Spangenberg Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitz, Bayreuth 1794. Ist als Probeschrift eines angehenden Schriftstellers gut genug. Wenn der Verf. noch mehr über den Besitz gelesen und gedacht hätte, so würde er wohl etwas Besseres haben schreiben können. 3) *Possessio* ein *ius in re* oder nicht, in dem Versuche eines Beytrags zur Bildung der positiven Rechtswissenschaft, erstem Stücke (Jena 1795. 8.) Seite 16. rc. Der Verf. mag ein guter Kopf seyn, der etwas von der Kantischen Philosophie gekostet, aber das Gekostete noch nicht recht verdauet hat. Seine Abhandlung ist wenigstens kein Beweis vom usus philosophiae Kantianae in iure, und klärt in der Lehre vom Besitze nichts auf. —— 4) Westphal über die Arten der Sachen, Besitz rc. §. 19. verdient zur richtigen Erklärung der Römischen Gesetze vom Besitz besonders bemerkt zu werden.

§. 282. Eintheilungen des Besitzes.

Der Besitz hat mancherley Gattungen. Er ist fürs erste entweder gerecht, oder ungerecht (possessio vel *iusta* vel *iniusta*). Gerecht heißt er, wenn der Besitzer ein Recht zu besitzen hat (si ex iusta causa possidet); ungerecht, wenn er keins hat. Ein ungerechter Besitz heißt also a) der, in welchen ich mich mit Gewalt (possessio violenta), oder b) heimlich, ohne des Eigenthümers Wissen, setze (clandestina); oder c) der sich auf ein ungültiges Geschäft (negotium iure civili reprobatum) gründet, oder d) nicht mit gutem Glauben (bona fide) verbunden ist.

Der ungerechte Besitz nemlich ist entweder ein redlicher (*bonae fidei*), oder unredlicher (*malae fidei possessio*). Bona fide besitzt, wer zwar kein Recht zu besitzen hat, indessen doch aus hinlänglichen Gründen glaubt, ein Recht zu haben; mala fide, wer entweder weiß, daß sein Besitz ungerecht ist, oder doch aus ganz nichtigen Gründen sich für einen gerechten Besitzer hält. Also nicht jeder ungerechte Besitzer besitzt mala fide; aber umgekehrt jeder, der mala fide besitzt, ist ein ungerechter Besitzer (*[1]).

Eine zweyte höchst wichtige Eintheilung des Besitzes ist: possessio, vel est *naturalis*, vel *civilis*. Es ist viel über diese Distinction geschrieben und gestritten worden. Vergleicht man alle Stellen unsrer Gesetzbücher, wo sie vorkommt, so sieht man deutlich, daß auch hier die Classiker nicht allemal dieselben Begriffe mit demselben Worte verbinden, sondern unter possessio naturalis zweyerley verstehen. Zuweilen bedeutet es ihnen das Eine Stück des Besitzes, das physische Vermögen, über eine Sache zu verfügen. So nimmt es z. B. Paullus (*[2]), wenn er sagt: Neratius et Proculus solo animo non posse adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio; d. i. wenn ich mir nicht vor allen Dingen das physische Vermögen, zu verfügen verschaffe, die Sache in meine Gewalt bringe. Und weiter: id quod deest naturali possessioni (an dem physischen Vermögen), id animus implet) das wird ersetzt durch meinen Willen, die Sache zu haben.

Oft aber heißt auch possessio naturalis die, welche den Besitzer, wenn er gleich in bona fide ist, nicht in den Stand setzt zu usucapiren, weil er entweder die Absicht nicht hat, die Sache als die Seinige zu behalten (*[3]), oder b) keinen auch nur nach dem Naturrecht gültigen Grund des Besitzes (er ist z. B. ein Dieb oder Räuber), oder c) wenigstens keinen, der das Eigenthum verschaffen kann; z. B. der Besitz eines Pachters, eines, dem die Sache nur in Verwahrung gegeben ist (depositarii) (*[4]). d) Wenn der Grund des Besitzes von den Civilgesetzen verworfen ist, oder wenigstens kein unwiderrufliches Recht giebt. Daher besitzt ein Ehegatte die ihm vom andern geschenkte Sache bey Lebzeiten des Schenkenden nur naturaliter (*[5]). Denn wir werden (§. 413.) hören,

hören, daß Schenkungen unter den Ehegatten widerruflich sind. e) Wenn der Besitzer seiner persönlichen Verhältnisse wegen keines Eigenthums fähig ist. Ein Sklave kann also nur naturaliter besitzen (*6). Endlich f) wenn die Sache nicht im Commerz ist, und nicht eigenthümlich erworben werden kann. Man kann z. B. heilige Sachen (res sacras et religiosas) und freye Menschen nicht anders als naturaliter besitzen (*7).

Possessio civilis hingegen heißt 1) der Besitz des wahren Eigenthümers, 2) ein Besitz, der, wenn er mit der bona fide verbunden ist, mich zu usucapiren in den Stand setzt. Der Civilbesitz in dieser Bedeutung erfordert a) daß ich die Absicht habe, die Sache als die Meinige zu behalten; b) daß ich einen gerechten Titel habe; c) des Eigenthums fähig bin, und d) die Sache im Commerz ist (*8).

Eine dritte Eintheilung des Besitzes ist: man besitzt entweder körperlich (*corporaliter*), oder blos intellectuell, blos mit dem Willen (*solo animo*). Wenn ich eine bewegliche Sache in meiner Verwahrung habe, oder mich in oder auf einer unbeweglichen Sache befinde: so besitze ich sie corporaliter. Wenn ein Andrer meine Sache in Verwahrung hat, oder sich in dem Grundstück befindet, ich indessen den Besitz nicht verlohren habe, so sagen die Classiker: solo animo possideo. Die Neuern nennen diesen Besitz den Mentalbesitz. So hat z. B. der Pfandgläubiger, der Pächter, mein Bevollmächtigter, mein Sklave, den körperlichen Besitz meiner Sachen. Wenn sich jemand widerrechtlich in den Besitz meiner unbeweglichen Sachen gesetzt hat, und ich noch nichts davon weiß, so hat er possessionem corporalem, ich besitze solo animo (*9).

Endlich wird auch der Besitz in den wahren und analogischen oder Quasibesitz eingetheilt. Der wahre findet bey körperlichen Dingen, der Quasibesitz bey Gerechtigkeiten Statt (*10), und besteht in dem physischen Vermögen, das Recht auszuüben. Ich bin z. B. im Quasibesitz des Zehendrechts, wenn mich Niemand abhält, den Zehenden zu erheben, so oft er fällig ist; im Quasibesitz der Wasserleitungsgerechtigkeit, wenn ich das Wasser leiten kann, ohne daß mich jemand daran hindert. Also der Quasibesitz eines Rechts besteht nicht, wie Einige sagen, in dessen Ausübung. Ich kann die Ausübung eines Rechts lange Zeit unterlassen haben; ich kann in vielen Jahren z. B. kein Wasser geleitet haben, und habe deßwegen den Quasibesitz des Rechts nicht verlohren (*11).

Dieß wären also die hauptsächlichsten Eintheilungen des Besitzes. Noch einige Bemerkungen muß ich hinzufügen.

1) Da der Besitz, wie wir §. 283. hören werden, sehr große Vortheile gewährt, so ist es äusserst wichtig zu wissen, wie er erworben, wie er erhal-

ten, und wodurch er verlohren wird. Also wie wird er erworben? Wenn ich mir a) das physische Vermögen verschaffe, über die Sache zu verfügen; b) die Absicht habe, sie zu behalten, und c) beydes durch eine körperliche Handlung zu erkennen gebe. Eine schriftliche oder mündliche Erklärung, daß ich im Besitz sey, oder ihn haben wolle, ist nach den Römischen Gesetzen nicht hinreichend. Ich muß irgend eine Handlung mittelst Bewegung des Körpers vornehmen, und dadurch zu erkennen geben, daß ich im Besitz sey. Dergleichen Handlungen sind z. B. ich gehe in das Haus, schließe es auf und zu, zünde Feuer auf dem Herde an, schneide einen Span aus einem Balken; ich lasse einen Erdschollen aus dem Garten ausgraben, ich ergreife eine bewegliche Sache mit der Hand, oder lasse sie in meine Wohnung tragen, ich lege mein Siegel daran rc. (*[12]). Eine solche körperliche Handlung heißt die Besitzergreifung (*adprehensio possessionis*).

Wie lang erhält man den Besitz? So lange man das physische Vermögen, zu verfügen, und die Absicht, die Sache zu behalten, hat.

Wodurch geht der Besitz verlohren? Sobald eins von diesen Erfordernissen wegfällt, sobald ich entweder nicht mehr über die Sache verfügen kann, nicht mehr Detentor bin, oder die Absicht nicht habe, die Sache zu behalten (*[1]). Wie lange mich die Römischen Gesetze als Detentor gelten lassen, habe ich vorhin (§. 281.) angeführt (*[14]).

2) Man hat im Römischen Rechte eine Regel: qui dolo possidere desiit, pro possessore habetur (*[15]). Was heißt also dolo possidere desii? Wenn ich eine Sache besitze, die einem Andern gehört, und sie aus meinem Besitz wegschaffe, in der Absicht, den Andern darum zu bringen. Hier kann ich fortdauernd noch als Besitzer in Anspruch genommen werden, um den Werth der Sache, wenn ich diese selbst nicht herbeyschaffen kann, zu erstatten. Z. E. ich besitze einen Hund, höre, daß ihn jemand als sein Eigenthum in Anspruch nehmen will, schlage ihn daher todt, oder verkaufe ihn an einen Durchreisenden, damit der Eigenthümer ausser Stand gesetzt werde, ihn zu vindiciren.

3) Eine andere, von Vielen angeführte, und von Wenigen verstandene Regel ist: nemo sibi causam possessionis mutare potest (*[16]). Wenn jemand eine Sache bisher in meinem Namen besessen hat, z. B. als Pachter, und sich vornimmt, sie mir nicht wiederzugeben, so verliere ich dadurch allein meinen Besitz nicht. Ich verliere ihn erst, wenn a) ein Vertrag geschlossen ist, vermöge dessen der Besitzer die Sache als eigen behalten soll; z. E. wenn ich dem Pachter die gepachtete Sache verkaufe, oder b) der Besitzer ein einseitiges Factum unternimmt, welches mich um das physische Vermögen, zu verfügen, bringt (§. 281.) (*[17]).

(1) Den wichtigen Unterschied zwischen dem redlichen und unredlichen Besitzer entwickelt *Haase* diss. de litiscontestatione, an et quatenus, b. f. per eam in m. f. constituatur (Goett. 1780.) §. 3. sqq.

(2) L. 3. §. 3. de A. vel. A. P. Man s. auch L. 1. pr. et §. 1. L. 3. §. 13. eod. L. ult. §. 1. de precar. L. 11. de A. R. D.

(3) Daher besitzt der Usufructuar die Sache, wovon er den Nießbrauch hat, nur naturaliter, L. 12. pr. L. 49. pr. de A. vel. A. P.

(4) L. 7. §. 1. comm. d. L. 38. §. 10. de usur. L. 2. §. 1. pro hered.

(5) L. 2. §. 2. pro hered. L. 1. §. 4. de A. vel. A. P.

(6) L. 38. §. 7. de V. O. L. 24. de A. vel. A. P.

(7) L. 23. §. 2. de A. vel. A. P.

(8) Bey den natürlichen Besitzern machen die classischen Juristen wieder einen subtilen Unterschied. Sie sind ihnen entweder a) solche, welche in eignem Namen besitzen, auf welche der Besitz übertragen ist, oder b) solche, die in fremdem Namen besitzen, auf welche der Besitz nicht übertragen ist. L. 1. C. ubi in rem act. (III. 19.). Von jenen sagen sie: possident, sibi possident, possessionem sibi traditam habent; von diesen: in possessione quidem sunt, tenent, sed non possident, alterius possessioni ministerium praebent; L. 18. pr. de A. vel A. P. non sibi, sed domino possident. L. 1. C. commun. de usucap. VII. 30. L. 2. C. de praescript. XXX. annor. (VII. 39.). Zu den natürlichen Besitzern, welche ganz in fremdem Namen besitzen, gehören der Usufructuar, Pachter, Commodatar, Depositar, und wer ex primo decreto crediti servandi, dotis, ventris, legatorum, damni infecti causa immittiret ist. L. 3. §. ult. L. 10. §. 1. L. 49. de A. vel A. P. 10. de A. R. D. L. 6. §. 2. de precar. L. 12. quibus ex caus. in possess. L. 9. de rei vind. Zu denen, welche in eignem Namen besitzen: der Pfandgläubiger, und jeder, der aus einem von den Civilgesetzen verworfenen Grund, z. E. ein Ehegatte, der eine ihm vom andern geschenkte Sache besitzt. L. 1. §. 4. de A. vel A. P. L. 4. in fin. pro donat. Der Nutzen dieser Distinction zeigt sich hauptsächlich bey den possessorischen Rechtsmitteln und der Usucapion. Den natürlichen Besitzern, welche jedoch in eignem Namen besitzen, werden die possessorischen Rechtsmittel ertheilt; denen, welche in fremdem Namen besitzen, nicht. L. 3. §. 13. de vi et vi armat. L. ult. uti possid. Wenn ich auf einen den natürlichen Besitz übertragen habe, er also in eignem Namen besitzt, so kann ich während der Zeit seines Besitzes nicht usucapiren. Wenn hingegen jemand meine Sache blos in meinem Namen besitzt, z. B. als Commodatar, Depositar, Pachter, so kann ich verjähren. L. 13 §. 7. de A. vel A. P. L. 1. C. commun. de usucap. Doch leidet jene Regel eine Ausnahme bey dem Pfandgläubiger; denn ich kann eine Sache usucapiren, wenn ich sie gleich einem Andern zum Pfande gegeben habe. L. 1. §. 15. de A. vel A. P.

(9) L. 40. §. 1. de pign. act. L. 3. §. 8. L. 23. §. 1. L. 25. de A. vel A. P. L. 14. §. 13. de usurp. L. 15. §. 4. de precar. L. 1. C. comm. de usucap. (VI. 60.) L. 12. C. de adquir. vel ret. poss. (VII. 32.) Indessen bleiben die Juristen auch diesen Begriffen nicht immer treu; denn sie sagen: ich könne eine Sache durch einen Andern, corpore, besitzen, wenn ich sie z. B. ver-

pachtet habe, wenn ich sie meinem Sklaven gegeben habe, corpore per conductorem, per servum possideo. L. 3. §. 8. de A. vel A. P.

(10) Man s. von dieser Distinction folgende Stellen: L. 3. §. pen. de vi et vi arm. qui usus fructus nomine qualiter fuit *quasi in possessione.* L. 16. §. 4. de hered. petit. Iulianus scribit, si is, qui pro herede possidebat, vi fuerit deiectus, peti ab eo hereditatem posse, *quasi a iuris possessore* L. 18. §. 1. eod. neque rei, neque iuris veluti possessor erat. L. 4. §. 27. de usurp. si viam habeam per fundum tuum, et tu me ab ea vi expuleris, per longum tempus non utendo amitto viam, quia neque possideri intelligitur ius incorporale.

(11) Daß der Quasibesitz in der wirklichen Ausübung eines Rechts bestehe, behauptet Eichmann über Hellfeld §. 182. Allein das Gegentheil erhellet unwidersprechlich daraus, daß ich ein Recht durch Verjährung erwerben kann, wenn es mir quasitradiret ist, ob ich es gleich nachher nicht wieder ausgeübt habe. Zwar wendet Herr Eichmann ein: wie kann man behaupten, daß ich ein Recht, z. B. die Jagdgerechtigkeit quasi besessen habe, wenn ich nie auf die Jagd gegangen bin? Richtig; wenn ich nie gejagt habe, so bin ich freylich nicht im Quasibesitz des Jagdrechts, denn es ist mir weder quasitradiret, noch der Besitz von mir ergriffen worden. Allein, wenn die Quasitradition oder Ergreifung des Besitzes geschehen ist, wozu ein einziger Act hinreicht, so ist die weitere Ausübung zum Quasibesitz nicht erforderlich. — Neuerer Zeit hat F. W. Sibeth in den Erörterungen aus der Lehre vom Besitz. Rostock 1800 diese ganze Eintheilung zu verwerfen, und den Besitz mit allen Rechtsmitteln in Ansehung desselben bloß auf körperliche Sachen einzuschränken gesucht. Eine Meynung, die sich mit den Gesetzen nicht vereinbaren läßt. Man sehe unter andern L. 5. §. 3. L. 7. D. de itinere actuque pr. W.

(12) Adipiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo, aut per se corpore. L. 3. §. 1. D. de A. vel A. P. Diesem scheint zwar entgegen zu seyn, was Paullus L. 1. §. 21. D. de A. vel. A. P. sagt: non est corpore et actu (besser et tactu, wie die Basiliker gelesen haben) necesse, adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu (scil. fieri potest). Allein man sieht aus dem Zusammenhang, daß er sagen will: es ist nicht nöthig, daß man die Sache in eigner Person ergreife, oder zu sich nehme. Wenn sie z. E. meinem Bevollmächtigten in meiner Gegenwart übergeben wird, so habe ich den Besitz apprehendirt. Wenn sie zu groß ist, um sie zu mir nehmen zu können, so ist es genug, wenn ich mich dazu begebe, und mit Worten erkläre, daß ich sie in Besitz nehmen wolle. Unrichtig erklärt diese Stelle *Marckart* probabil recept. lect. part. 2. pag. 152.

Eine Ausnahme jener Regel, ein Fall, wo der Besitz ohne körperlichen Act übergeht, ist bey dem *constituto possessorio.* Man sagt, es sey eine conventio, qua duplici traditione ficta, dominium et possessio, vel possessio tantum solo animo convertuntur in detentionem. Z. B. ich schreibe einem abwesenden Freund, ich wolle ihm mein Haus schenken, und es von jetzt an nur in seinem Namen, als sein Pachter, besitzen. Hier, sagt man, wird durch eine fingirte Tradition das Haus ihm übergeben, so daß er Eigenthümer und Civilbesitzer wird; durch eine zweyte fingirte Tradition werde ich

detentor, possessor naturalis. Oder ich verpfände einem meinen Garten, und erkläre, daß ich ihn nur als Miethsmann gegen Bezahlung eines gewissen Miethgeldes im Besitz behalten wolle. Hier wird, heißt es, durch die erste fingirte Tradition, der Besitz auf den Gläubiger transferiret, durch die zweyte bekomme ich die Dentention (den Besitz Namens des Gläubigers) wieder. Dieses constitutum soll hauptsächlich in der L. 18. D. de A. vel A. P. gegründet seyn. Ob es aber wirklich in dieser, oder einer andern Gesetzstelle gegründet ist, ob man durch einen bloßen Vertrag, auf diese Weise den Besitz, und das Eigenthum auf einen Andern übertragen kann, ist noch sehr zweifelhaft. *Gifanius* in lectur. Altorf. p. 220. erklärt das ganze constitutum possessorium geradezu für ein figmentum Glossatorum. Ausführlicher hat dieß behauptet *Hier. Frid. Schorck* diss. de constituto possessorio in legibus Romanis non fundato. Erf. 1732. Man s. auch *Pufendorf* Tom. 1. obs. 9. et 10. Ich wundere mich nicht, daß weder *Gottfr. Mascov.* diss. de constituto, opusc. p. 101. sqq. noch *Ioh. Christoph Spitz* diss. de natura et effectu constituti possessorii Erf. 1761. die Frage, ob das constitutum in dem Römischen Recht bekannt ist, berührt haben.

(13) Es ist viel Streitens darüber, ob der Besitz *solo corpore* verlohren werden könne. Der Streit ist aber wahre Logomachie. Heißt *corpore* besitzen, soviel als das physische Vermögen zu verfügen haben, so kann solo corpore der Besitz verlohren werden. Versteht man hingegen unter corpore possidere, daß man die Sache in seiner Verwahrung habe, oder sie wirklich brauche, so wird solo corpore der Besitz nicht verlohren. Auch ist viel über eine Stelle von Paullus gestritten worden, L. 8. de A. vel A. P. und L. 153. de R. I. wo er sagt: ut igitur nulla possessio adquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum. Ich glaube, daß Paullus blos von einer Uebertragung des Besitzes redet. Diese kann nicht geschehen, wenn ich nicht die Absicht habe, den Besitz zu übertragen, und der Andre ihn nicht durch einen körperlichen Act ergreift. — Vergl. Westphal v. d. Arten der Sachen rc. §. 197.

(14) Von den Fällen, wo mein Besitz ohne und gegen meinen Willen verlohren geht, handelt umständlich, aber nicht sehr gründlich *Stoltenberg* diss. (praesid. *Car. Frid. Walch* Ien. 1771.) de possessore legum ex sententia non possidente, §. 10. sqq.

(15) L. 36. pr. D. de rei Vind. *Erxleben* diss. de eo quod iuris est circa fictam possessionem. Goett. 1778.

(16) L. 3. §. 19. de A. vel A. P. L. 5. c. de adquir. et retin. possess. L. 33. §. 1. D. de usurpat. — — womit aber zu vergleichen ist L. 47. D. de adquir. vel amitt. possess. Diese Stelle hat den Auslegern viele Mühe gemacht. *Averanius* interpretat. iur. civ. l. 28. Westphal v. d. Arten der Sachen rc. §. 190. rc.; von Spangenberg Lehre vom Besitz §. 66. Papinian redet daselbst nur vom Verlust des Besitzes in sofern er factisch ist. Kann gleich dieser Verlust durch unrechtmäßige Handlungen [illegible]er, besonders auch der natürlichen Besitzer bewirkt werden L. 20. D. eod. [illegible]gt doch nicht, daß Letztere nun als Civilbesitzer auftreten, und ihre eigenmächtige Anmaßung, als rechtlichen Erwerb des Besitzes geltend machen können. Westphal l. c. §. 196. W.

(17) *Korthold* dissert. citat. cap. 1. §. 19.

pachtet habe, wenn ich sie meinem Sklaven gegeben habe, corpore per conductorem, per servum possideo. L. 3. §. 8. de A. vel A. P.

(10) Man s. von dieser Distinction folgende Stellen: L. 3. §. pen. de vi et vi arm. qui usus fructus nomine qualiter fuit *quasi in possessione*. L. 16. §. 4. de hered. petit. Iulianus scribit, si is, qui pro herede possidebat, vi fuerit deiectus, peti ab eo hereditatem posse, *quasi a iuris possessore* L. 18. §. 1. eod. neque rei, neque iuris veluti possessor erat. L. 4. §. 27. de usurp. si viam habeam per fundum tuum, et tu me ab ea vi expuleris, per longum tempus non utendo amitto viam, quia neque possideri intelligitur ius incorporale.

(11) Daß der Quasibesitz in der wirklichen Ausübung eines Rechts bestehe, behauptet Eichmann über Hellfeld §. 182. Allein das Gegentheil erhellet unwidersprechlich daraus, daß ich ein Recht durch Verjährung erwerben kann, wenn es mir quasitradiret ist, ob ich es gleich nachher nicht wieder ausgeübt habe. Zwar wendet Herr Eichmann ein: wie kann man behaupten, daß ich ein Recht, z. B. die Jagdgerechtigkeit quasi besessen habe, wenn ich nie auf die Jagd gegangen bin? Richtig; wenn ich nie gejagt habe, so bin ich freylich nicht im Quasibesitz des Jagdrechts, denn es ist mir weder quasitradiret, noch der Besitz von mir ergriffen worden. Allein, wenn die Quasitradition oder Ergreifung des Besitzes geschehen ist, wozu ein einziger Act hinreicht, so ist die weitere Ausübung zum Quasibesitz nicht erforderlich. — Neuerer Zeit hat F. W. Sibeth in den Erörterungen aus der Lehre vom Besitz. Rostock 1800 diese ganze Eintheilung zu verwerfen, und den Besitz mit allen Rechtsmitteln in Ansehung desselben blos auf körperliche Sachen einzuschränken gesucht. Eine Meynung, die sich mit den Gesetzen nicht vereinbaren läßt. Man sehe unter andern L. 5. §. 3. L. 7. D. de itinere actuque pr. W.

(12) Adipiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo, aut per se corpore. L. 3. §. 1. D. de A. vel A. P. Diesem scheint zwar entgegen zu seyn, was Paulus L. 1. §. 21. D. de A. vel. A. P. sagt: non est corpore et actu (besser et tactu, wie die Basiliker gelesen haben) necesse, adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu (scil. fieri potest). Allein man sieht aus dem Zusammenhang, daß er sagen will: es ist nicht nöthig, daß man die Sache in eigner Person ergreife, oder zu sich nehme. Wenn sie z. E. meinem Bevollmächtigten in meiner Gegenwart übergeben wird, so habe ich den Besitz apprehendirt. Wenn sie zu groß ist, um sie zu mir nehmen zu können, so ist es genug, wenn ich mich dazu begebe, und mit Worten erkläre, daß ich sie in Besitz nehmen wolle. Unrichtig erklärt diese Stelle *Marckart* probabil recept. lect. part. 2. pag. 152.

Eine Ausnahme jener Regel, ein Fall, wo der Besitz ohne körperlichen Act übergeht, ist bey dem *constituto possessorio*. Man sagt, es sey eine conventio, qua duplici traditione ficta, dominium et possessio, vel possessio tantum solo animo convertuntur in detentionem. Z. B. ich schreibe einem abwesenden Freund, ich wolle ihm mein Haus schenken, und es von jetzt an nur in seinem Namen, als sein Pachter, besitzen. Hier, sagt man, wird durch eine fingirte Tradition das Haus ihm übergeben, so daß er Eigenthümer und Civilbesitzer wird; durch eine zweyte fingirte Tradition werde ich

detentor, possessor naturalis. Oder ich verpfände einem meinen Garten, und erkläre, daß ich ihn nur als Miethsmann gegen Bezahlung eines gewissen Miethgeldes im Besitz behalten wolle. Hier wird, heißt es, durch die erste fingirte Tradition, der Besitz auf den Gläubiger transferiret, durch die zweyte bekomme ich die Dentention (den Besitz Namens des Gläubigers) wieder. Dieses constitutum soll hauptsächlich in der L. 18. D. de A. vel A. P. gegründet seyn. Ob es aber wirklich in dieser, oder einer andern Gesetzstelle gegründet ist, ob man durch einen blosen Vertrag, auf diese Weise den Besitz, und das Eigenthum auf einen Andern übertragen kann, ist noch sehr zweifelhaft. *Gifanius* in lectur. Altorf. p. 220. erklärt das ganze constitutum possessorium geradezu für ein figmentum Glossatorum. Ausführlicher hat dieß behauptet *Hier. Frid. Schorch* diss. de constituto possessorio in legibus Romanis non fundato. Erf. 1732. Man s. auch *Pufendorf* Tom. 1. obs. 9. et 10. Ich wundere mich nicht, daß weder *Gottfr. Mascov.* diss. de constituto, opusc. p. 101. sqq. noch *Ioh. Christoph Spitz* diss. de natura et effectu constituti possessorii Erf. 1761. die Frage, ob das constitutum in dem Römischen Recht bekannt ist, berührt haben.

(13) Es ist viel Streitens darüber, ob der Besitz *solo corpore* verlohren werden könne. Der Streit ist aber wahre Logomachie. Heißt *corpore* besitzen, soviel als das physische Vermögen zu verfügen haben, so kann solo corpore der Besitz verlohren werden. Versteht man hingegen unter corpore possidere, daß man die Sache in seiner Verwahrung habe, oder sie wirklich brauche, so wird solo corpore der Besitz nicht verlohren. Auch ist viel über eine Stelle von Paullus gestritten worden, L. 8. de A. vel A. P. und L. 183. de R. I. wo er sagt: ut igitur nulla possessio adquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum. Ich glaube, daß Paullus blos von einer Uebertragung des Besitzes redet. Diese kann nicht geschehen, wenn ich nicht die Absicht habe, den Besitz zu übertragen, und der Andre ihn nicht durch einen körperlichen Act ergreift. — Vergl. Westphal v. d. Arten der Sachen rc. §. 197.

(14) Von den Fällen, wo mein Besitz ohne und gegen meinen Willen verlohren geht, handelt umständlich, aber nicht sehr gründlich *Stoltenberg* diss. (praesid. *Car. Frid. Walch* Ien. 1771.) de possessore legum ex sententia non possidente, §. 10. sqq.

(15) L. 36. pr. D. de rei Vind. *Erxleben* diss. de eo quod iuris est circa fictam possessionem. Goett. 1778.

(16) L. 3. §. 19. de A. vel A. P. L. 5. c. de adquir. et retin. possess. L. 33. §. 1. D. de usurpat. — — womit aber zu vergleichen ist L. 47. D. de adquir. vel amitt. possess. Diese Stelle hat den Auslegern viele Mühe gemacht. *Averanius* interpretat. iur. civ. l. 28. Westphal v. d. Arten der Sachen rc. §. 190. rc.; von Spangenberg Lehre vom Besitz §. 66. Papinian redet daselbst nur vom Verlust des Besitzes in sofern er factisch ist. Kann gleich dieser Verlust durch unrechtmäßige Handlungen [illegible]er, besonders auch der natürlichen Besitzer bewirkt werden L. 20. D. eod. [illegible]t doch nicht, daß Letztere nun als Civilbesitzer auftreten, und ihre eigenmächtige Anmaßung, als rechtlichen Erwerb des Besitzes geltend machen können. Westphal l. c. §. 196. W.

(17) *Korthold* dissert. citat. cap. 1. §. 19.

§. 283. Wirkungen des Besitzes.

Die Wirkungen I) des Besitzes überhaupt sind: 1) jeder Besitzer ist befugt, sich mit Gewalt gegen unbefugte Stöhrer in seinem Besitze zu schützen, und nicht nur a) dem, welcher ihn depossediren will, sich zu widersetzen, sondern auch b) wenn er depossedirt ist, seinen Gegner wieder aus dem Besitz zu setzen (*1). Nur muß dieß letztere nicht nach Verlauf einiger Zeit (ex intervallo), sondern sogleich (in continenti) geschehen, sobald es möglich ist, Helfer zu bekommen, mit deren Beystand er den Gegner wieder entsetzen kann (*2).

2) Der Besitzer, welcher von einem Andern eigenmächtig aus dem Besitze gesetzt wird, kann das interdictum unde vi und das remedium spolii suchen (§. 1220. 1221.).

3) Wenn Zwey auf eine Sache Anspruch machen, und einer so viel für sich hat als der andere, so hat der Besitzer den Vorzug (in pari causa conditio possidentis melior est (*3). Man denke sich den Fall, daß ich in einem Testament zum Erben ernannt bin, daß aber ein Anderer an diese Erbschaft Anspruch macht, und ein Testament von demselben Datum beybringt, worin er eingesetzt ist. Selbst in dem Falle, wenn jemand etwas aus einer schändlichen Ursache gegeben hat, und die Schande beyde, den Geber und Empfänger trifft, so geht der letzte vor; das heißt, er ist nicht schuldig, die Sache zurückzugeben (*4), in pari turpitudine, dantis et accipientis, possessoris melior conditio est (*5).

4) Der Besitzer ist nicht schuldig, den Titel seines Besitzes zu ediren, noch weniger die Gerechtigkeit des Besitzes zu beweisen. Wenn ich im Besitz bin, und mich einer fragt, aus welchem Grunde ich besäße? so bin ich nicht schuldig, ihm zu antworten (*6).

5) Der Besitzer ist frey vom Beweise, d. i. wenn der Kläger den Grund seiner Klage nicht beweißt, so wird der Beklagte losgesprochen, ob er gleich nichts bewiesen hat, und keine rechtlichen Ursachen anführen kann, warum er die Sache hat (*7).

II) Ein fehlerfreyer Besitz (possessio non vitiosa) wirkt das Retentionsrecht. Man versteht darunter das Recht, eine Sache, die dem Andern gehört, oder die ich ihm zu geben schuldig bin, und die ich besitze, solange in meinem Besitz zu behalten, bis mir der Andere leistet, was er mir schuldig ist; z. B. ich leihe einen Reisewagen; unterwegs bricht er; ich lasse ihn repariren. Ehe mir der Eigenthümer die Kosten ersetzt, bin ich nicht schuldig, den Wagen zurückzugeben. Ich übe das Retentionsrecht auf den Wagen aus. Oder jemand kauft mir eine Sache ab, und verspricht baare Zahlung, leistet sie aber nicht. Hier kann ich die verkaufte Sache so lange zurückbehalten, bis der Käu=

fer bezahlt. Ich habe gesagt, der Besitz, welcher das Retentionsrecht begründen soll, muß fehlerfrey seyn. Wer mit Gewalt, heimlich, oder bittweise besitzt, hat kein Retentionsrecht (*8).

III) Der natürliche Besitz, wenn ich anders in eignem Namen besitze, wenn der Besitz auf mich übertragen ist, verschafft mir die interdicta uti possidetis, utrubi, de superficiebus, itinere actuque privato (*9). Man sehe den Titel de interdictis (4. Buch, 15. Tit.).

IV) Wer eine Sache als die seinige, und zwar mit gutem Glauben besitzt, ist nicht verbunden, den Schaden zu ersetzen; welchen er der Sache zugefügt hat. Wenn ich z. B. ein Haus als das meinige bona fide besitze, und es verderbe, nun aber der Eigenthümer es vindicirt, so bin ich nicht schuldig, ihm wegen der Deteriorationen Vergütung zu leisten (*10). Ein solcher Besitzer kann 2) die Sache gültig verpfänden (*11).

V) Der Civilbesitz setzt mich in den Stand 1) zu usucapiren. Man s. den Titel de usucap. 2) Die Publicianische Klage anzustellen, und (§. 345.) die Früchte einer fremden Sache zu erwerben (§. 331. 2c.).

VI) Der Besitz einer unbeweglichen Sache befreyt von der gerichtlichen Caution (§. 1181.).

VII) Der unvordenkliche Besitz ist statt eines rechtlichen Titels (§. 406.) (*12).

Die bisher beschriebenen Vortheile des Besitzes heißen dann zusammengenommen das Possessionsrecht.

(1) L. 1. C. unde vi L. ult. D. de A. vel A. P. L. 3. §. 9. L. 17. D. de vi et vi armat. L. 29. §. 1. D. ad L. Aquil. C. 6. de sent. excomm. in 6. Kammergerichtsordn. Part. 2 Tit. 9. §. So jemand.

(2) L. 3. L. 9. L. 17. D. de vi et vi arm. Zu frischer That, oder wenn er seinen Freund oder Helfer haben mag, sagt der Reichsabschied von 1521. art. 2. apud Senkenberg. Part. 2. pag. 195.

(3) L. 3. §. 1. de A. vel A. P. L. 128. D. de R. I. cap. 65. de R. I. in 6. Von der nöthigen Einschränkung dieser Regel s. *Nettelbladt* introd. in iurispr. positiv. §. 892. und Spangenberg §. 156. S. 228.

(4) Cap. 3. X. de probat.

(5) L. 2. C. de condict. ob turp. caus.

(6) L. 11. C. de petit. hered. III. 31. L. 24. D. L. fin. C. de rei vind. (III. 32.). Indessen hat diese Regel ihre Ausnahmen. Es giebt Fälle, wo der Besitzer den Titel seines Besitzes angeben muß, wenn nemlich ein Andrer ein von den Gesetzen anerkanntes Interesse hat, den Titel zu [illegible]. *Mev*. Part. 4. Dec. 357. *Reinharth* ad *Christin*. Vol. 1 obs 38. [illegible]

(7) L. 4. C. de edend. II. 1. L. fin. Cod. de rei vind. (III. 32.). Der Grund, warum der Besitzer vom Beweise frey ist, liegt in der für ihn streitenden gesetzlichen Vermuthung. Daraus aber folgt, daß wenn diese Vermuthung für den Besitzer durch eine gegentheilige stärkere überwogen wird, jene Regel eine Ausnahme leidet, und die Last des Beweises auf den Besitzer fällt. *Hert*. diss. de

(2) Im cap. 8. de praebend. in 6. z. B. heißt es: in quibus ius non esset quaesitum *in re*, licet *ad rem*. Schicklicher wäre es, das ius ad rem ein *ius in personam*, oder mit Cajus L. 1. §. 1. D. de rer. div. *ius obligationis* zu nennen.

(3) Man sehe z. B. L. 2. pr. D. de pollicit. wo Callistratus sagt: votum personam voventis, non rem, quae vovetur, obligat; deßgleichen L. 3. pr. D. de oblig. et act. wo Paullus sagt: obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat, ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.

(4) Gerh. Feltmann und Ulrich Huber haben über die Bedeutungen des Worts obligatio, und über das Verhältniß der Obligation zum iure ad rem einen hitzigen Streit geführt. Jener hatte in seinem Tractat de iure in re et ad rem cap. 26. (Opp. *Feltmannor.* Tom. 1. pag. 134. sqq.) behauptet, obligatio und ius ad rem seyen keine Synonymen, das ius ad rem entstehe aus der Obligation. Huber behauptete dagegen (digress. part. I. lib. 4. cap. 5.) obligatio und ius ad rem seyen zwar nicht ganz einerley; ius ad rem komme dem Gläubiger allein zu, obligatio aber bedeute das Verhältniß (vinculum) zwischen dem Schuldner und Gläubiger („obligatio utrumque respicit, continens ius creditoris et onus debitoris. Ius ad rem differt ab obligatione, quemadmodum pars a toto, vel, si mavis, ut relatum a correlato„). Feltmann ergriff nun in seinen benedictis, Opp. Tom. 2. gegen Huber die Waffen, und dieser vertheidigte sich in einer neuen Ausgabe seiner Digressionen (Part. 1. pag. 269. sqq.). Aus den angeführten Worten Hubers sieht man, daß er schwankt, und seiner Behauptung, das ius ad rem sey ein Theil der Obligation, nicht recht trauet. Die Stellen, die er zum Beweise, daß obligatio auf den Schuldner sowohl als Gläubiger gehe, anführt, nemlich L. 42. §. 2. de procurat. und L. 38. §. 17. de verb. oblig. sind auch nichts weniger als entscheidend. Sein weiteres Argument (p. 289.) ist: Jedermann „cum toto iure„ sage: obligationem (eine Schuldverschreibung) cedere, vendere, donare. Allein er hätte die Stellen aus dem „toto iure„ anführen sollen. Eine einzige Stelle im Institutionentexte, wo obligatio offenbar für das Recht des Gläubigers gebraucht wird (§. 1. I. de duob. reis, s. Hugo civilist. Magazin 1. B. 127. S.) beweißt noch keinen Redegebrauch der Classiker, zumal da diese Stelle in einer Materie vorkommt, wo auch *reus* auf eine sonst ganz ungewöhnliche Art einen Gläubiger bedeutet. Ich bin also noch gar nicht überzeugt, daß obligatio bey den juristischen Classikern das „vinculum„ zwischen dem Schuldner und Gläubiger bedeute, und daß ius ad rem von obligatio, wie der Theil vom Ganzen unterschieden sey, gehöre vielmehr zu denen „qui malunt, ut relatum a correlato.„ Man s. wenn man Lust hat, von dieser Sache noch *Eyben* ad instit. tit. de obligat. n. 38. *Struv.* evolut. controv. Ex. 46. th. 54. *Thomasii* diss. de philosophia iuris in doctrina de obligat. et act. §. 116. *Wahl* diss. de reservatione dominii pag. 18. not. I. Ich würde mich übrigens bey diesem grammaticalischen Streit nicht so lange verweilt haben, wenn es mir nicht Gelegenheit gäbe, die Juristen gegen einen Seitenhieb des seel. Ernesti zu vertheidigen, den er ihnen (*clav. Cic. ind. lat. voc. obligatio*) versetzt. Er sagt: obligatio Ciceroni et bonis autoribus semper active dicitur, nunquam ut hodie ICtis et philosophis passive. Ad Brut. 18. gravior est sententiae pro altero, quam pecuniae obligatio i. e.

promissio. — Gesetzt, daß obligatio in der angeführten Stelle promissio hieße, das man doch zuzugeben nicht schuldig ist, so ist gewiß, daß nicht blos die neuern Juristen, sondern unsre Classiker (die eben nicht mali auctores sind) das Wort obligatio nicht für promissio nehmen, wenn sie sagen: redire in obligationem, in obligatione retineri, obligatio naturalis, civilis, ex maleficio, obligatio pignoris, ex vendito, hereditaria etc. etc. *Brisson.* de verb. signif. voc. obligatio.

§. 285. Grundsatz vom dinglichen Recht.

Jedes dingliche Recht wirkt eine Realklage. Dieß ist sein wesentlicher Character, und das sicherste *Criterium*, woran man erkennen kann, ob ein gewisses Recht zu dem dinglichen gehöre oder nicht. Diese Realklage geht der Regel nach gegen jeden Besitzer. Wenn mir ein Erbrecht, ein Eigenthumsrecht, ein Pfandrecht zusteht: so kann ich gegen jeden, der die Erbschaft, der meine Sachen, der das Pfand besitzt, eine Realklage anstellen, daß er mir diese Dinge herausgebe. Wenn ich eine Servitut habe, z. E. die Jagdgerechtigkeit in eines andern Waldungen: so kann ich gegen jeden Besitzer des Waldes, welcher mich in der Ausübung stöhrt, eine solche Klage anstellen. Ich sage, die Realklage aus dem dinglichen Rechte gehe der Regel nach gegen jeden Besitzer. Eine Ausnahme wird §. 388. vorkommen (*).

(*) Vergl. §. 280. Note 2. G. E. *Oelze* de actione reali contra quemcunque possessorem non competente; Ienae 1769. Die dingliche Klage — actio in rem — findet natürlich nur gegen diejenigen Besitzer Statt, die vermöge des dinglichen Rechts, wovon eben die Rede ist, dem Kläger weichen müssen, und deren Anmaßung mit dem behaupteten Rechte des Klägers, sobald dieß erwiesen ist, nicht bestehen kann. Daraus folgt, daß das Erbrecht eigentlich gegen diejenigen verfolgt werden kann, die sich des Nachlasses ganz oder zum Theil als Erben oder ohne allen Rechtsgrund anmaßen. Wer einen andern Grund des Besitzes für sich anzuführen hat, z. B. als Käufer, dessen Recht also durch das Erbrecht des Klägers noch nicht aufgehoben wird, kann also hieraus nicht belangt werden; gegen ihn muß der Kläger als Eigenthümer auftreten. Die Publizianische Klage, welche der Prätor dem vermuthlichen Eigenthümer zugesteht, kann gegen den nicht Statt finden, der eine gleich starke Vermuthung des erworbenen Rechts für sich hat. W.

§. 286. Gattungen dieses Rechts.

Das dingliche Recht hat vier Gattungen (*1): **Eigenthumsrecht, Erbrecht, Dienstbarkeit und Pfandrecht.** Diese sind folgendergestalt unterschieden: das dingliche Recht besteht entweder 1) in dem ausschließlichen Recht, über die Substanz der Sache auf alle Weise zu disponiren, oder 2) in dem Recht, Nutzen aus einer fremden Sache zu ziehen; oder 3) in der Befugniß, mich vermittelst der Sache wegen einer Forderung bezahlt zu machen. Im zweyten Falle heißt es *ius servitutis*, Dienstbarkeit; im dritten *ius pignoris*, Pfandrecht. Im ersten Falle aber kommt es mir entweder auf

Pp 2

eine einzelne und körperliche Sache zu, oder auf die ganze Verlassenschaft eines Menschen. Das Recht, über eine einzelne körperliche Sache nach Gefallen zu verfügen, heißt **Eigenthumsrecht**, *dominium*; das Recht, über die ganze Verlassenschaft eines Verstorbenen zu disponiren, heißt **Erbrecht**, *hereditas*, *ius hereditarium*.

Ist denn aber die Possession nicht eine fünfte Gattung des dinglichen Rechtes? Darüber ist ein großer Streit geführt worden; und ob die Frage gleich eine bloße Schulfrage, ohne practischen Nutzen ist (*[2]): so kann ich sie doch, da sie eine so große Celebrität erworben hat, nicht mit Stillschweigen übergehen. Man bemerke also: daß die Frage a) nicht von der Possession selbst, auch b) nicht vom Recht zu besitzen (iure possidendi), sondern vom Recht des Besitzes (iure possessionis) sey. Der Besitz ist, wie wir wissen, physisches Vermögen, über eine Sache zu disponiren; ist also gar kein Recht, und folglich auch kein dingliches. Das Recht zu besitzen ist ein Theil der meisten dinglichen Rechte. Der Eigenthümer, der Erbe, der Pfandgläubiger, der Usufructuar haben ein Recht, ihr Eigenthum, die Erbschaft, das Pfand, die zum Nießbrauch ausgesetzte Sache zu besitzen. Also auch davon ist nicht die Frage. Das ist der Sinn der Streitfrage: ist das *ius possessionis* (§. 283.) ein ius in re? Hat der Besitz solche Wirkungen, daß man den Complexus der daraus entspringenden Rechte, welcher ius possessionis heißt, ein dingliches Recht nennen kann? Diese Frage ist meines Erachtens zu verneinen. Der Besitz wirkt keine Klage gegen jeden Besitzer, noch weniger eine Realklage. Aus dem Grunde allein: ich habe die Sache im Besitz gehabt, kann ich keine Realklage gegen jeden Besitzer anstellen, daß er mir die Sache herausgebe. Auch aus dem Grunde allein: ich habe ein Recht *quasi* besessen, kann ich keine Realklage gegen jeden, der den Gegenstand dieses Rechtes besitzt, anstellen und verlangen, daß er mich das Recht müsse ausüben lassen. Dem Possessionsrecht fehlt also der Character des dinglichen Rechtes (*[3]).

(1) Nicht alle Rechtsgelehrten nehmen dieß an, sondern einige statuiren mehr, andere weniger Gattungen. Man s. *Ferd. Aug. Hommel* diss. qua quinque iuris in re species, quas vulgo tradunt, nec semper tales esse, nec solas, defenditur, cap. 2. p. 23. sqq. *Iman. Frid. Rappolt* diss. (praesid. *Heinr. Godofr. Scheidemantel*) de numero specierum iuris in re (Stuttgard 1786.). cap. 1. §. 3. Eine Hauptschrift in dieser Materie ist *Heinr. Hahn* de iure rerum et iuris in re speciebus diss. plurimum auctior et correctior cum vindiciis etc. Helmst. 1664. 4. Hahn wurde durch diese Dissertation in Streitigkeiten verwickelt, deren Geschichte *Avian* in diss. syllog. illustr. controversiar. cap. 5. und *Hommel* literatur. iur. p. 268. (edit. I.) erzählen. S. auch meines Grosvaters *Wahl* diss. de reservat. dominii etc. pag. 22. sqq. wo er diese Controvers, die übrigens noch weniger als ein Schul-, die größ-

tentheils ein bloßer Wortstreit ist, umständlich beurtheilt. — Die Angabe einer bestimmten Anzahl der sämmtlichen dinglichen Rechte wird immer sehr schwierig seyn. Man begnüge sich mit der allgemeinen Antwort: Es giebt deren so viele, als Rechte vorkommen, auf die der Begriff und das Wesen des dinglichen Rechts paßt. Verschiedene Rechtslehrer rechnen, außer den vom Verfasser genannten 4 Arten, noch das ius occupandi, besonders das Ius in rem iacentem, das Lehen, die emphyteusis, und superficies (§ 292.), die deutschen Zwangsgerechtigkeiten, Retractrechte rc. dahin, die aber von Andern zum Theil in der Eigenschaft dinglicher Rechte gar nicht anerkannt, zum Theil aber bald auf diese, bald auf jene der 4 genannten Arten bezogen werden. Thibaut in den Versuchen über die Theorie des Rechts II. 53 rc. rechnet außer der väterlichen Gewalt noch die mehrsten Rechte, welche durch Präjudicialklagen geschützt werden können, zu den dinglichen. Ein neuerer Schriftsteller, J. Th. Reinhard Versuch einer systematischen Einleitung in d. Lehre vom Eigenthumsrechte. Frkf. u. Leipz. 1804. hat sich der, von *Iac. Born* Dissert. de iure in re etc. Lips. 1662. vertheidigten Vorstellungsart wieder etwas genähert, und alle dinglichen Rechte auf das Eigenthum zurückgeführt. W.

a)) Der ungenannte Verfasser des Versuches eines Beytrags zur Bildung der positiven Rechtswissenschaft, 1. Stück, 16 rc. Seite, behauptet, die Frage sey allerdings practisch. Er scheint aber nicht zu wissen, daß der Jurist nur die Fragen practisch nennt, die auf die Entscheidung eines Rechtshandels Einfluß haben können.

(3) Man s. von diesem Streit *Huber* digress. lib. 4. cap. 10. *Cocceii* iur. controv. lib. 1. tit. 8. quaest. 2. *Walch* controvers. pag. 117. edit. 111. *Espahl* diss. de possessione speciebus iuris in re non adnumeranda. Lugd. Bat. 1754. Heineccius und Andere sagen, in den Canonischen Gesetzen sey das Possessionsrecht den dinglichen Rechten etwas näher gebracht worden. Denn, sagen sie, nach dem cap. 18. X. de restit. spoliat. kann ich, wenn ich spoliiret, d. i. meines Besitzes auf eine ungerechte Art beraubt, entsetzt worden bin, gegen jeden Besitzer, der, das Spolium wissend, die Sache an sich gebracht hat auf die Herausgabe klagen, und brauche nichts zu beweisen, als daß ich im Besitz gewesen und spoliiret worden bin. Allein dieß Argument beweist nichts. Denn die Spolienklage setzt ja voraus, daß der Beklagte etwas ... dennoch gethan hat, indem er vom spolio Wissenschaft hatte, und die ... genommen an sich brachte. Es wird also kein dingliches Recht dabey ... Handi non relevante. *Tob. Iac. Reinharth* diss. de possessione ab onere ... vante. §. 1. pag. 4.

§. 287. Vom Eigenthumsrecht.

Die erste Gattung des dinglichen Rechtes ist das Eigenthumsrecht, *dominium*. Man versteht darunter das Recht auf eine einzelne körperliche Sache, vermöge dessen man über dieselbe auf alle Weise disponiren, und sie von jedem Besitzer zurückfordern kann. Also ist es a) ein Recht auf eine körperliche Sache. Unkörperliche Dinge, Gerechtigkeiten und Ansprüche sind nicht im Eigenthum. Es wäre dem Redegebrauch zuwider, wenn man z. E. sagte, ich habe an Eigenthum auf die Zehentge-

weilen hört dasselbe dergestalt auf, daß es ist, als ob ich es nie gehabt hätte, und daß der vorige Eigenthümer eine Realklage gegen jeden Besitzer der Sache anstellen kann. Zuweilen hingegen bin ich nur verbunden, dem vorigen Eigenthümer die Sache herauszugeben; er kann deßfalls eine Personalklage gegen mich anstellen, und mein Eigenthum hört erst von jezt an auf, da er klagt. Im ersten Falle sagt man: dominium resolvitur *ex tunc*, im zweyten aber: resolvitur *ex nunc* (*1).

Der Unterschied zwischen diesen beyden Auflösungen des Eigenthumsrechtes ist sehr beträchtlich. Denn 1) wenn das Eigenthum ex tunc resolvirt wird, so hat die Regel Statt: resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis. Das heißt, wenn A. der revocable Eigenthümer einer Sache, sie an B. veräussert, oder diesem B. irgend ein Recht auf die Sache gegeben hat, und das Eigenthumsrecht des A. hört ex tunc auf: so erlischt auch das dem B. gegebene Recht, es sey nun Eigenthums- oder ein anderes Recht. Z. E. jemand kauft einen Wald mit dem Beding, daß, wenn er den Kaufschilling binnen einem Jahr nicht abtragen würde, der Kauf null seyn solle. Nun veräussert er den Wald an mich, bezahlt aber seinem Verkäufer den Kaufschilling in der gesetzten Zeit nicht. Jetzt hört sein Eigenthum am Walde, und zwar *ex tunc* auf; folglich cessirt auch das mir auf die Sache ertheilte Recht, ich muß sie herausgeben. Oder die Frau giebt dem Manne ein Landgut zum Brautschatz. Er verstattet mir auf diesem Gute den Weidgang. Wenn die Ehe getrennt wird, so hört des Mannes Eigenthum von dem Landgute ex tunc, und daher auch mein Weidrecht auf. Wenn hingegen das revocable Eigenthum ex nunc aufhört, so tritt jene Regel nicht ein. Z. E. einem ist ein Wald geschenkt worden; er giebt mir darin die Jagdgerechtigkeit. Nun begeht er eine Undankbarkeit gegen den Schenker: dieser nimmt also den Wald zurück. Verliere ich auch die Jagdgerechtigkeit? Nein, denn das Eigenthum des donatarii hört nur ex nunc auf. 2) Wenn das Eigenthum ex nunc resolviret wird, so bleiben die Früchte, welche der widerrufliche Eigenthümer genossen hat, ihm; wird es aber ex tunc resolviret, so muß er diese Früchte zurückgeben (*2).

(1) Ex tunc hört das dominium auf 1) wenn durch einen Vertrag festgesetzt ist, daß in einem gewissen Falle das Geschäft null und nichtig seyn solle; 2) wenn ein Geschäft nach der ausdrücklichen Vorschrift der Gesetze oder seiner Natur nach unter gewissen Umständen gänzlich annullirt wird.

(2) L. 4. §. 4. L. 6. pr. D. de in diem addict. L. 2 §. 4. D. pro emtor. *Mich. Grassi* tract. de reditu dominii legali, Tubing. 1724. 4. ist die Hauptschrift in dieser Materie. S. besonders §. 64. S. 205. u. f. f. Aber auch *Vinn.* sel. quaest. lib. 2. cap. 5. und *Io. Paul Trummer* diss. de effectu hypothecae post resolutum dominium constituentis, Lips. 1741. muß ich empfehlen.

§. 290.

§. 290 Entweder Alleineigenthum, oder Miteigenthum; vollständiges oder unvollständiges Eigenthum.

Die dritte sehr practische Eintheilung des Eigenthums (in der 12 Tabelle) ist folgende. Bey dem Eigenthum kann man Rücksicht nehmen a) auf die Person, der es zusteht, b) auf die Rechte, welche es in sich fasset.

Sieht man auf die Person des Eigenthümers, so kommt das Eigenthum entweder einer einzigen Person oder mehreren zu. Im ersten Fall heißt es *dominium solitarium*, im letzten *condominium* oder *communio*. Wenn z. E. drey Personen durch Erbschaft ein Acker zufällt, so ist dieser, so lang ihn die Erben nicht unter sich vertheilen, in condominio oder communione. Ich sage, so lang ihn die Erben nicht vertheilen; denn sobald er getheilt wird, daß jeder Erbe sein besonderes Stück bekommt, hört das condominium auf (*¹).

Nimmt man hingegen auf die Rechte Rücksicht, welche im Eigenthum enthalten sind: so ist es entweder dominium *plenum*, oder *minus plenum*, s. *divisum*, s. *dimidiatum*. Wenn nemlich die beyden Bestandtheile des Eigenthums (§. 287.), Nießbrauch und Proprietät, zerrissen sind, wenn das Eigenthum zwey Personen, dem A. und B., dergestalt zukommt, daß A. nichts als Theil an der Proprietät, B. ebenfalls Theil an der Proprietät, und dabey den Nießbrauch allein hat: so ist ein dominium minus plenum vorhanden. A. ist dominus minus plenus, B. ebenfalls. Sind hingegen die beyden Hauptrechte des dominii nicht getrennt, so heißt es plenum.

Ich sage A. hat nichts als Theil an der Proprietät, B. hat Theil an der Proprietät, und den Nießbrauch hat er allein; d. i. ohne die Einwilligung des A. kann nicht über die Substanz der Sache disponirt werden, am Nutzen der Sache aber nimmt er keinen Theil; ohne des B. Einwilligung kann ebenfalls über die Substanz der Sache keine Disposition vorgenommen werden, und er hat zugleich das Recht, die Sache zu besitzen, zu gebrauchen, zu benutzen.

Ein solches dominium minus plenum findet sich z. E. bey Lehngütern, feudis (§. 14.). Der Lehnsherr hat Theil an der Proprietät, d. i. der Vasall kann für sich allein nicht über die Substanz des Lehnguts disponiren. An den Früchten hingegen hat der Lehnsherr keinen Antheil. Der Vasall hat ebenfalls die Proprietät; denn der Lehnsherr kann ohne den Vasallen auch nicht über die Substanz des Gutes verfügen. Aber der Vasall hat auch zugleich den Nießbrauch, er zieht alle Früchte vom Lehngut (*²).

(1) Communion überhaupt ist vorhanden, wenn Mehrere eine Sache gebrauchen dürfen. Man theilt sie in die negative, positive und vermischte ein. Eine negative nennt man, wenn Mehrere befugt sind, die Sache zu brauchen, weil sie keinem Menschen eigenthümlich gehört; affirmative, wenn das Eigen-

thum mehreren Personen gehört; und eine vermischte, wenn die Sache eine res universitatis stricte (§. 275.) ist. Die ganze universitas ist nemlich Eigenthümer, die einzelnen Mitglieder aber sind es nicht, ob sie gleich die Sache gebrauchen dürfen.

(2) Nicht allein das plenum, sondern auch das minus plenum dominium kann condominium und dominium solitarium seyn. Wenn z. E. Ein Lehnsherr und Ein Vasall vorhanden ist: so hat jeder ein dominium minus plenum solitarium. Sind hingegen bey einem Lehngute mehrere Lehnsherren oder mehrere Vasallen: so haben die Lehnsherren ein condominium minus plenum, und die Vasallen ebenfalls.

§. 291. Das unvollkommene Eigenthum ist entweder das Obereigenthum, oder das nutzbare.

Bey dem dominio minus pleno sind wieder verschiedene Gesichtspuncte möglich. Man kann nämlich a) auf die wesentliche Abtheilung der Rechte sehen, welche bey dieser Gattung des Eigenthumsrechtes Statt findet, b) auf die Veranlassung desselben, und die daraus enspringenden Modificationen.

In der ersten Rücksicht ist es entweder *directum*, Obereigenthum, oder *utile*, nutzbares Eigenthum. Derjenige, welcher nichts als die Proprietät hat, heißt dominus directus, der andere, welcher Proprietät und Nießbrauch hat, heißt dominus utilis. Von der ersten Benennung weiß ich keinen hinlänglichen Grund anzugeben (1). Die Ursache der letzten fällt in die Augen; der dominus utilis hat ja den Nutzen der Sache (2).

(1) *Gundling* in Gundlingian. part. 12. num. 2. leitet es, seltsam genug, vom deutschen Worte Recht her.

(2) Die Eintheilung des Eigenthums in vollständiges und unvollständiges wird von vielen alten und neuen Juristen verworfen, z. E. von *Giphan*. de divis. iur. th. 35. *Henr. Christ. de Senkenberg* diss. de divis. fructuum feudal. §. 4. sqq. in meditat. de univers. iur. et histor. p. 240. sqq. *Eod.* in prim. lin. iur. feud. §. 142. sqq. *Christ. Ben. Kahl* epist. de erronea divisione dominii in directum et utile, Lips. 1744. Joh. Christ. Gottl. Budäus in seinen Gedanken von dem Unterschied unter dem obern und nutzbaren Eigenthum, in Zepernicks Samml. auserles. Abh. aus dem Lehnrecht, 4 B. 61. Abh. — Thibaut über dominium directum und utile in den Versuchen über d. Theor. des R. II. 3. Das Gegentheil vertheidigt *C. H. Lang* comment. de dominii utilis natura, indole, atque historia, eiusque in iure Romano et germanico vestigiis. Goettingae 1798. — So viel ist auch gewiß, daß in den Gesetzen die Namen dominium plenum und minus plenum, directum und utile nicht vorkommen. Indessen sind die Wörter einmal angenommen, sie verursachen keine Verwirrung, und wenn man, wie jene Schriftsteller thun, behauptet, daß der dominus directus allein das Eigenthum, der utilis blos usumfructum habe: so legt man dem Worte usus fructus eine Bedeutung bey, die es gewöhnlich nicht hat. Der Usufructuar hat kein Recht zu veräußern, zu vindiciren, und auf seine Erben zu übertragen, welche Rechte doch dem domino utili zukommen. Kahl am a. O. gesteht daher selbst, daß dem Va-

fall, emphyteutae und superficiario einige Ausflüsse des Eigenthumsrechtes zukommen. Warum soll man aber einen Niesbrauch, der mit einiger Proprietät verbunden ist, nicht dominium utile nennen dürfen? S. auch *Vinn.* ad §. 39. h. t. n. 3. et ad pr. I. de usufr. n. 6. — — Die Eintheilung selbst ist eine Erfindung der Glossatoren, und die Benennung selbst unstreitig von dem Unterschiede actionis directae et utilis hergenommen. Man nannte das nach strengem Recht erworbene Eigenthum, wegen der damit verbundenen vindicatio directa, dominium *directum*; das Eigenthum hingegen, welches iure stricto zwar nicht sanctionirt ist, aber doch nach Billigkeit oder Rechtsanalogie angenommen wird, *utile*, und rechnete zu diesem, ausser den Fällen, wo das ausschliessende Eigenthum vindicatione utili geschützt wird, z. B. bey der vom Prätor begünstigten Verjährung longi temporis, besonders auch das concurrirende unvollkommene Eigenthum, welches dem Vasallen, dem Erbzinnsmann rc. beygelegt wird. W.

§. 292. Entweder feudum, oder emphyteusis, oder superficies.

Wenn man hingegen auf die Veranlassung des unvollkommenen Eigenthumes und seine Modificationen reflectirt, so ist es dreyerley: *feudum, emphyteusis* und *ius superficiarium.* Was feudum sey, ist oben im Proömium, §. 14. kürzlich erklärt worden, in den Systemen des Lehnrechts geschieht es ausführlicher. Von der Emphyteusis wird eine eigene Abhandlung im 25ten Titel des dritten Buches vorkommen; das ius superficiarium will ich hier erklären.

Man versteht im Römischen Rechte unter dem Worte superficies alles, was über dem Erdboden erbauet wird, Häuser, Stallungen, Mauern rc. Wenn ich einem das Recht gebe, auf meinem Grund und Boden eine superficiem, z. E. ein Haus zu errichten: so entsteht ein dominium minus plenum, welches ius superficiarium heißt. Ich setze nemlich voraus, daß ich dem Andern den Grund und Boden nicht eigenthümlich überlasse, sondern daß dieser, nach wie vor, mein bleibe. In diesem Falle ist der Andere dominus utilis, er besitzt das Haus, zieht alle Nutzungen davon, kann es veräussern, abbrechen u. s. w. Ich, der Grundherr, aber kann doch das Haus vindiciren, wenn es in die Hände eines dritten unrechtmäßigen Besitzers kommt, und habe das Recht, eine Abgabe vom Besitzer zu fordern, welche *solarium*, Grundzins heißt; deswegen schreibt man mir ein dominium directum zu.

§. 293. Was ist titulus und modus adquirendi?

Wir haben eine Gattung des dinglichen Rechtes, das Eigenthum, kennen gelernt. Nun untersuchen wir, wie und auf wie vielerley Weise man dieses Recht sich erwerben könne? Wenn man sich ein dingliches Recht erwerben will, so sind zwey Stücke nöthig: ein rechtmäßiger Titel und ein *modus adquirendi.* Nemlich es muß zuvörderst ein rechtlicher

Grund vorhanden seyn, der es möglich macht, das dingliche Recht zu erwerben. Dazu muß noch etwas anders kommen, wodurch das dingliche Recht wirklich auf mich übertragen wird. Jener rechtliche Grund heißt *titulus*; dieses andere etwas, welches noch hinzukommen muß, ist der *modus adquirendi*.

Der Titel liegt zuweilen in einer Handlung, die ich oder ein Anderer vornehme, zuweilen unmittelbar in der Verordnung des Gesetzes. Z. E. ich kaufe im Buchladen ein Buch, und lasse mir es übergeben. Jetzt bin ich Eigenthümer, habe ein dingliches Recht auf das Buch. Mein titulus ist der Kauf, den ich mit dem Buchhändler geschlossen habe; denn dieser macht es mir möglich, Eigenthümer zu werden. Mein modus adquirendi aber ist die Tradition. Sie hat jene **Möglichkeit** in eine **Wirklichkeit** verwandelt, hat mich wirklich zum Eigenthümer gemacht. Wenn ich eine Sache durch die Verjährung der langen Zeit, durch einen Besitz von 3. 10 oder 20 Jahren erwerben will, so muß ein Factum vorausgehen, das die Erwerbung durch diese Verjährung möglich macht, z. E. eine Schenkung. Dieses ist aber noch nicht hinreichend. Denn wir reden von dem Falle, wo mir einer die Sache schenkt, der selbst nicht Eigenthümer ist, auf mich also auch kein Eigenthum übertragen kann. Ich muß also die Sache eine Zeitlang ununterbrochen besitzen. Dieser fortgesetzte Besitz ist der modus adquirendi. Noch ein Fall: wenn ich z. E. ein Stück versteinertes Holz, das niemanden gehört, finde, und zu mir nehme, so bin ich Eigenthümer. Der titulus meines Eigenthums ist die Rechtsregel: res nullius cedit occupanti, der modus adquirendi ist die Apprehension des Holzes (*[1]).

Also giebt es einen titulum *traditionis*, einen titulum *praescriptionis*, und einen Titel bey jeder andern **Erwerbung**. Da der rechtlichen Gründe, welche es möglich machen, ein dingliches Recht zu erwerben, nach den Römischen Gesetzen sehr viele sind; so giebt es auch mancherley Titel im Römischen Rechte. Ich kann die Sache gekauft haben (titulus pro emto); sie ist mir **vermacht** (pro legato); **geschenkt** (pro donato); **bezahlt** (pro soluto); von meiner Ehefrau zum **Heyrathsgut** gegeben (pro dote); jemand hat sie **derelinquirt** (pro derelicto) (§. 296.); mir durch einen **Tausch** überlassen (pro permutato); in einem **Vergleich** abgetreten (pro transacto); der **Richter** hat sie mir **zugesprochen** (pro adiudicato). Hat jemand einen rechtmäßigen Titel, der aber keinen eigenen Namen führt, z. E. er hat eine Sache **occupirt** (welche aber nicht derelinquirt ist, denn sonst hätte er die Sache pro derelicto), oder durch Accessionsrecht erhalten (§. 308. seqq.): so sagt man, er habe sie pro suo. (Mehr von diesem Titel suche man in den Pandecten Lib. 41. tit. 10.)

Die Titel sind entweder unentgeltliche, *gratuiti, lucrativi*, oder beschwerliche, *onerosi.* Wenn ich etwas umsonst erhalte, z. E. es mir geschenkt, in einem Testament hinterlassen wird, so besitze ich es titulo lucrativo. Muß ich aber dem, von welchem ich die Sache erhalten, etwas leisten, das ihm oder den Seinigen nützlich ist, so habe ich sie titulo oneroso. Aus einem solchen Titel besitze ich also eine gekaufte, eine ertauschte Sache, eine Brautgabe rc.

Anmerkung. Die Regel ist zwar: Der Titel allein giebt kein dingliches Recht. Allein diese Regel leidet einige Ausnahmen. Es giebt nemlich Fälle, wo der Titel ohne hinzukommende Tradition ein ius in re wirkt. S. §. 334.

(1) Die Einwendungen, welche Herr Prof. Hugo in seinem Magazin 1. B. S. 226. u. ff. gegen diese Vorstellungsart macht, haben mich noch nicht überzeugt, daß sie fehlerhaft ist. — — Vergl. *Trendelenburg* selecta capita doctrinae de iure possessoris circa fructuum perceptionem Kil. 1775. §. 3. Thibaut über den eigentl. Unterschied zwischen titulus und modus adquirendi in den Versuchen über die Theorie des Rechts. I. 11. W.

§. 294. Die Erwerbungsmittel sind entweder im Naturrecht, oder im bürgerlichen Recht gegründet.

Die Erwerbungsmittel sind von verschiedener Art, wie die 13. Tabelle zeigt. Einige sind im Naturrecht gegründet, und in den bürgerlichen Gesetzen bestätiget; andere kennt das Naturrecht nicht, sie sind blos eine Erfindung der bürgerlichen Gesetze. Jene heißen *modi adquirendi iuris naturalis*, diese *modi adquirendi iuris civilis*. Z. E. das Naturrecht kennt die Occupation. Wer eine herrnlose Sache zu sich nimmt, in der Absicht sie zu behalten, wird Eigenthümer davon. Die Römischen Gesetze bestätigen dieß. Daher ist die Occupation ein modus adquirendi iuris naturalis. Hingegen weiß das Naturrecht nichts von Testamenten. Die Erwerbung einer Erbschaft aus dem Testament des Verstorbenen ist also eine bloße Erfindung der bürgerlichen Gesetze, ein modus adquirendi iuris civilis.

§. 295. Von den natürlichen Erwerbungsarten.

Die modi adquirendi iuris naturalis sind: occupatio, accessio, fructuum perceptio, traditio. In den vorigen Ausgaben dieses Lehrbuchs sind nur drey angegeben: occupatio, accessio, traditio. Allein die fructuum perceptio ist ein eigenes Erwerbungsmittel, das sich unter keins der übrigen bringen läßt, wie Huber (*1) schon bemerkt, und Gmelin (*2) sehr gut gezeigt hat. Heineccius hat sie zwar unter die Accession gerechnet, sie ist aber davon wesentlich verschieden. Durch die Accession acquirire ich nur Sachen, die mit der meinigen verbunden werden. Die fructuum perceptio hingegen kommt auch solchen Personen zu statten, die keine Eigenthümer sind, z. E. dem Miethsmanne.

(1) *Huber* praelect. h. t n. 35.

(2) *Christ. Gottl. Gmelin* in diss. cit. §. 1.

§. 296. Erklärung der Occupation.

Die erste natürliche Erwerbungsart ist also die Occupation. Man versteht darunter die Apprehension einer herrnlosen körperlichen Sache, in der Absicht, sie zu der seinigen zu machen. Also sie setzt a) herrnlose Sachen, res nullius und zwar körperliche, voraus. Dinge, die schon einen Eigenthümer haben, kann man nicht durch Occupation an sich bringen, und eben so wenig unkörperliche Dinge, Befugnisse. Die Jagdgerechtigkeit z. E. kann man nicht occupiren. b) Die herrnlose Sache wird apprehendirt, man nimmt eine Handlung vor, wodurch man in den Stand kommt, über die Sache zu disponiren. c) Dabey hat man die Absicht, die Sache sich zu eigen zu machen. Wenn ich die herrnlose Sache also z. E. nur in die Hand nehme, um sie zu besehen: so habe ich sie nicht occupirt.

§. 297. Grundsätze derselben.

Die Occupation erfordert 1) herrnlose Sachen. Diese sind von dreyerley Art. Einige sind es a) von Natur; das heißt, sie haben noch die ursprüngliche Eigenschaft aller Dinge, sind noch nie ein Eigenthum eines Menschen gewesen. Nach Erschaffung unsrer Erde waren alle Sachen herrenlos, noch Niemand hatte sich eine Sache ausschließlich zugeeignet. Als aber Menschen zu leben anfiengen, eigneten sie sich gewisse Dinge zu; dieser eine Höhle zur Wohnung; jener Früchte, die er gepflanzt; ein Dritter Thiere, die er zahm gemacht hatte. So, wie sich die Menschen vermehrten, wurden immer mehr Dinge occupirt, dergestalt, daß heutigestages in den bewohnten Welttheilen das meiste occupirt ist. Doch giebt es noch manche Dinge, welche nicht occupirt sind, Insecten, Vögel, Mineralien, ganze Inseln rc. Die herrenlosen Dinge aber können auch b) durch Dereliction entstehen. Wenn ich zu erkennen gebe, daß ich eine Sache nicht mehr haben wolle: so ist sie derelinquirt. So kann ich z. E. einen Acker derelinquiren, wenn ich ihn ohne Cultur liegen lasse, weil er steinigt und unfruchtbar ist; ich kann einen Hund derelinquiren, wenn ich ihn wegjage. Endlich kann auch c) eine Sache dadurch res nullius werden, weil der Eigenthümer vergessen worden, und nicht mehr ausfindig zu machen ist. Vergrabenes Geld z. E. das man findet, und von dem Niemand weiß, wem es gehört, ist eine herrenlose Sache.

Zur Occupation wird 2) eine Apprehension erfordert, eine Handlung, die nach Verschiedenheit des zu occupirenden Gegenstandes verschieden ist; anders occupirt man ein Wild, anders einen Fisch, anders ein im Wasser schwimmendes Holz u. s. w. Ueberhaupt aber ist zu bemerken: wenn die Sache in solchen Umständen ist, daß man sie nicht ohne vorherige Mühe und Arbeit erhalten kann, und es noch ungewiß ist, ob man sie erhalten werde: so muß man alles das thun, was nöthig ist, um die Sache in seine Gewalt zu brin-

gen. Ist hingegen die Sache in solchen Umständen, daß ich weiter nichts nöthig habe, als sie zu mir zu nehmen, und es ist nicht zu besorgen, daß sie mir entgeht: so ist genug, wenn ich in Gegenwart der Sache (in conspectu rei) mit Worten, oder andern Handlungen erkläre, daß ich sie haben wolle. Also ein Wild ist apprehendirt, wenn ich es getödtet oder gefangen habe; ein im Fluß schwimmendes Holz, wenn ich es so befestigt habe, daß es mir nicht entgehen kann. Hingegen ein Mineral, das ich im Felde finde, ist mein, wenn ich dabey stehend erkläre, ich wolle es haben (*1). Eine in Abwesenheit der Sache abgelegte wörtliche Declaration ist nicht hinlänglich (*2).

(1) Apprehensio etiam oculis et affectu fieri potest, sagt Paullus in der L. 1. §. 21. de A. vel A P. *Coccëii* iur controv. tit. de A. R. D. Quaest. 1. *Gundlingian.* part. 31. pag. 1. sqq. *Bachov.* ad *Treutler.* vol. 2. disp. 20. th. 2. lit. H. *Stryk* de iur. sens. diss. 1 cap. 3 n. 32 sqq.

(2) *Leyser* sp. 456 med. 6. 7 sagt, es sey ein Unterschied zwischen derelinquirten beweglichen und unbeweglichen Sachen. Jene könne man durch Occupation sogleich erwerben; ein derelinquirtes Stück Feld hingegen werde vom Occupirenden nicht eher erworben, als bis er es zwey Jahr gebauet habe. Allein L. 8. C. de omni agro deserto (XI 58), woraus Leyser seinen Satz beweisen will, redet nicht von agris *derelictis*, sondern *desertis*. *Markart* interpret. recept. iur. civ. lect. cap. 17.

§. 298. Gattungen der Occupation.

Gattungen der Occupation sind das Jagen, welches, im weitläuftigen Verstande genommen, auch den Vogelfang und das Fischen in sich faßt; die Eroberung, das Finden, die Occupation unbeweglicher herrenloser Dinge rc. die aber keinen eignen Namen hat rc.

§. 299. Vom Jagen.

Das Jagen ist eine Occupation wilder Thiere, die auf der Erde; oder in der Luft, oder im Wasser leben. Denn die wilden Thiere sind res nullius, und können daher von jedem occupirt werden.

In der Anmerkung werden die Thiere in wilde, zahmgemachte und zahme eingetheilt. Der Unterschied ist sehr bekannt, und hat practische Folgen, wie der folgende Paragraph zeigen wird. Wilde Thiere, fera animalia, sind, welche im Zustand der natürlichen Freyheit leben, den Menschen fliehen, und, wenn sie gefangen werden, sich bemühen, die Freyheit wieder zu erlangen. Wenn ein solches wildes Thier eingesperrt gewesen ist, und nach und nach seine wilde Natur abgelegt hat, so daß es nun nicht mehr wegläuft, oder, wie Justinian sagt: si ex consuetudine abire et redire solet: so heißt es zahm gemacht, mansuefactum (*1). Endlich zahme Thiere, mansueta, sind, welche nicht frey herum schweifen, sondern in der Gesellschaft der Menschen leben, Rindvieh, Schafe, Hunde u. d. gl. Uebrigens kann in diesem Lande ein Thier

zahm, in einem andern wild seyn, und dieselbe Thierart kann wilde und zahme Gattungen haben, wie man bey den Schweinen, Enten, Gänsen u. a. sieht (*2). Noch merkt unser Autor an, daß die Römischen Gesetze die Bienen, Tauben und Pfauen zu den wilden Thieren rechnen. Dieß ist so zu verstehen. Justinian sagt §. 14. 15. h. t. Apum, pavonum et columbarum fera natura est. Er will sagen, diese Thiere seyen nicht zahm, sondern nur zahmgemacht, woraus denn folgt, wie wir im folgenden §. sehen werden, daß sie nur solang ihrem Herrn eigen sind, als sie wegfliegen und wiederkommen. Ob aber die Tauben, die Haustauben nemlich, und Pfauen, die man auf dem Hofe hält, nicht vielmehr zu den zahmen Thieren gehören, ist eine andere Frage (*3). Indessen ist die Verordnung des Römischen Rechts ganz deutlich.

(1) Doch sind die Römischen Juristen in dem Redegebrauch nicht gleichförmig, und nennen zahmgemachte Thiere auch zuweilen animalia mansueta. S. L. 37. de furt. L. 5. § 3. de A. R. D.

(2) *Leyser* spec. 440. m. 1. verwirft die Distinction unter wilden, zahmen und zahmgemachten Thieren gänzlich, aber ohne Grund, wie *Murckart* diss. de divis. animalium iuridica, §. 7. sqq in exercitat. academ. p. 302. sqq. zeigt.

(3) *Pufendorf* de iur. nat. et gent. lib. 4 cap. 6 §. 5.

§. 300. Fortsetzung.

Da die wilden Thiere herrenlose Dinge sind, so folgt, 1) daß sie jedermann zu fangen, zu erlegen, und sich zuzueignen befugt ist. 2) Nicht nur auf meinen eignen Grundstücken darf ich sie fangen, sondern auch auf fremden. Wenn es mir der Eigenthümer erlaubt, so hat die Sache keinen Zweifel. Wie aber, wenn er mir es verbietet, und ich dem ungeachtet auf seinem Grundstück jage? Auch in diesem Falle ist nach der richtigern Meynung das erlegte oder gefangene Thier mein (*1); der Eigenthümer aber kann eine Injurienklage gegen mich anstellen (*2), auch die Ersetzung des Schadens verlangen, wenn ich ihm dergleichen auf seinem Grundstück, an den Früchten oder sonst zugefügt habe. Justinian sagt §. 12: Et nec interest feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quis capiat, an in alieno. Plane, qui alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, potest a domino, si is praeviderit, prohiberi, ne ingrediatur. Wahr ist, daß ich unerlaubt handle, wenn ich auf einem Grundstück gegen des Eigenthümers Willen jage (*3). Allein man muß hier zwey Handlungen unterscheiden, den *actum ingressionis* und *occupationis*. Jener ist verboten, dieser erlaubt. 3) Man darf nur wilde Thiere fangen und erlegen, keine, die ein Anderer in Thiergärten eingeschlossen hat; keine Bienen in Bienstöcken, keine Fische in Fischkästen (piscinis) (*4). Diese sind keine herrenlose Dinge, und wer sie wegnimmt, begehet einen Diebstahl. 4) Kann man aber Thiere, welche ihrem Eigenthümer entlaufen, occupiren? Man muß einen Unterschied zwischen zahmen, zahmgemachten und wilden

Thieren

Thieren machen. a) Zahme Thiere, die mir gehören, darf niemand sich zueignen, wenn sie noch so weit und so lange Zeit entlaufen oder entflogen sind. Wer sie fängt und behält, begeht ebenfalls einen Diebstahl. Nur wird hier, so wie vorhin (Num. 3.) vorausgesetzt, daß es *lucri causa* geschieht, um sich dadurch zu bereichern. Wenn ich ein dem Andern gehöriges Thier blos aus Muthwillen, oder nur um dem Eigenthümer zu schaden, fange, so ist es kein Diebstahl (§. 1019.). b) Zahmgemachte Thiere darf man so lange sich nicht zueignen, als sie sich zu ihrem Herrn halten. Sobald sie aber weglaufen oder wegfliegen, die natürliche Freyheit suchen, oder sich zu einem andern Herrn gewöhnen, und nicht mehr zu dem vorigen zurückkommen mögen: so sind sie wieder herrenlose Dinge, und jedermann kann sie occupiren. c) Wenn endlich ein von mir eingeschlossen gewesenes wildes Thier aus seiner Gefangenschaft entwischt: so ist es entweder noch in meinem Gesichte, oder es ist aus dem Gesichte verschwunden. Im letzten Falle ist es res nullius; denn man vermuthet, ich habe es dereliquirt (*[1]). Ist es mir hingegen noch in den Augen: so ist entweder seine Verfolgung noch leicht, oder schwer. So lange die Verfolgung noch leicht, das heißt, so lange es noch wahrscheinlich ist, daß ich das Thier wieder bekommen werde, so bleibt es mein. Sobald aber die Verfolgung schwer ist, verliere ich mein Eigenthum. Denn es ist zu vermuthen, daß ich das Thier dereliquirt habe; nun ist es also eine herrenlose Sache, und kann von jedermann occupirt werden. Z. E. ein Vogel entfliegt mir, und setzt sich auf ein benachbartes Haus. Wenn er eben so wild ist, als ein anderer Vogel von dieser Gattung, und es unwahrscheinlich ist, daß ich ihn wiederbekommen werde: so ist die Dereliction zu vermuthen. Gesetzt aber, er fliegt mit Mühe, nur nahe an der Erde hin, und es ist wahrscheinlich, daß ich ihn wieder erhalten werde. Jetzt wird die Dereliction noch nicht vermuthet.

(1) *Hunn.* in resolut. lib. 2. tract. 1. quaest. 12. *Strauch.* diss. 6 ad ius Iustin. th. 28. *Vinn.* ad §. 12. I. h. t. n. 3. *Voet.* ad Pand. tit. de A. R. D. n. 4. wo er besonders die L. 55. D. d. tit. sehr gut erklärt. Anderer Meynung sind *Cuiac.* lib. 4. obs. cap. 2. *Leyser* spec. 440. med. 4.

(2) L. 16. §. 7. D. de iniur. Etwas sonderbar, und von dem gewöhnlichen Begriff der Injurie abweichend ist es freylich, hier eine Injurie finden zu wollen.

(3) L. 15. D. de serv. praed. rust.

(4) Aber wie steht es mit einem fremden Teich oder See (lacu, stagno), darf man darin fischen? Viele bejahen dieß, als *Cuiac.* lib. 4. obs. 2. *Brooeus* et *Vinn.* ad §. 12. h. t. n. 2. *Voet.* ad tit. de A. R. D. n. 5. *Harppreckt* ad d. §. 12. h. t. n. 62. sqq. *Wieling* lect. lib. 1. cap. 4. in fin. Andere aber, als *Hotomann* h. t. *Tuning* h. t. *Donell.* commentar. lib. 4. cap. 8. *Hunn.* resolut. pag. 255. verneinen es, und diesen trete ich bey; denn 1) hat nach dem Naturrecht niemand eine Befugniß in fremden Teichen zu fischen. *Pufendorf* de I. Nat. et G. lib. IV. cap. 6. §. 11. Die Fische, welche ich in meinem Teich habe,

sind ja occupirt, und können nicht mehr entgehen. *Grot.* de iure belli et pac. lib. 2. cap. 8. §. 2. *Wolf.* iur nat. et gent. part. 2 cap 2. §. 215. 2) Heißt es im § 12. h. t. Ferae igitur bestiae et volucres et pisces simul atque ab aliquo capta fuerint, iure gentium statim illius esse incipiunt — nec interest feras bestias et volucres (also von Fischen sagt Justinian nichts), utrum in suo fundo quis capiat, an in alieno. Eben so sagt *Caius* L. 3 §. 1. de A. R D. nec interest, *quod ad feras bestias et volucres*, utrum in suo fundo quis capiat, an in alieno. Ein Wild, das in meinen Wald läuft, ein Vogel, der in meinem Garten sitzt, ist nicht occupirt; das Wild kann ja wieder weglaufen, der Vogel wegfliegen: daher kann freylich ein jeder Andere diese Thiere sich zueignen. Bey Fischen in Teichen und Seen verhält sich die Sache anders. Wenn jemand in einem Bache, der über mein Gut fließt, fischte, so gebe ich zu, daß er Eigenthümer der gefangenen Fische würde.

Ferner fragt sichs: kann man in eines Andern umzäunten Wald, in einem Park (circa circumsepta) jagen? *Cuiac.* und *Wieling* l. c. behaupten es. Allein ich halte das Gegentheil für richtiger. Denn nach dem Naturrecht bin ich dazu nicht befugt. *Wolf* l. c. §. 284. Das Argument der Gegner ist aus der L. 6. §. 14 D. de A. vel A. P. genommen, wo Paullus sagt, pisces in stagno und feras in silvis circumseptis besitze man nicht. Allein daraus folgt nicht, daß man nicht Eigenthümer davon ist. Man s. oben §. 281. Note (1).

(5) *Grot.* de iur. bell. et pac. lib. 2. cap. 8. §. 3. *Kulpis* diss. acad. pag. 344. sqq. Was übrigens hier von den wilden Thieren gesagt ist, gilt auch von jungen Bienenschwärmen. § 14. I. h. t.

§. 301. Fortsetzung.

Die Jagd ist eine Gattung der Occupation; die Occupation eine Apprehension; diese aber ist eine Handlung, wodurch ich die Sache in solche Umstände bringe, daß ich darüber verfügen kann. Daraus folgt, daß die leichte Verwundung eines Thieres noch keine Occupation ist; denn sie bringt das Thier noch nicht in die Umstände, daß ich darüber verfügen kann. Wie aber, wenn die Verwundung tödtlich ist, so, daß mir das Thier nicht mehr entgehen kann? In diesem Falle ist es nach dem Naturrecht schon occupirt, und während der Zeit, als ich es verfolge, ist kein Anderer befugt es zu erlegen (*1). Diese Entscheidung vertheidigten auch verschiedene alte Juristen, unter andern Trebatius (*2). Aber Justinian hat sie im §. 13. I h. t. verworfen, und zur Occupation eines Thiers schlechterdings die völlige Erlegung oder Fangung manu vel laqueo erfordert. Sein Grund ist: quia multa accidere solent, ut feram vulneratam non capias. Es würde auch wirklich in den meisten Fällen schwer zu entscheiden seyn, ob die Verwundung tödtlich oder nicht tödtlich gewesen sey.

Allein gilt diese Verordnung in Deutschland? Man bemerke: 1) wenn mehrere in einem gewissen District die Jagd haben, und einer ein Thier anschießt: so ist es darum noch nicht sein, sondern ein Anderer kann es erlegen und sich zueignen. Für das Römische Recht streitet auch in diesem Puncte die

Präsumtion, wo nicht etwas anders hergebracht, oder durch Particulargesetze verordnet ist. 2) Verschiedene alte deutsche Gesetze erlauben einem, der die Jagd hat, ein angeschossenes Thier auch in fremde Wildbahnen zu verfolgen. Man nennt dieses Recht die **Jagdfolge, Wildfolge, Nacheile, Nachsetzung.** 3) Dieses Recht gilt auch noch heutigestages an den meisten Orten, doch mit mancherley Modificationen. Allein nun fragt sich's: 4) ob in dem Falle, wenn ich ein angeschossenes Wild in eine fremde Wildbahn verfolge, der Herr dieser Wildbahn befugt sey, mich zu präveniren und das Wild zu erlegen? Verschiedene (*3) verneinen es; sie glauben, es fließe aus dem Begriff der Jagdfolge, daß der Andere das Thier nicht erlegen dürfe. Andere aber (*4) behaupten, daß auch in diesem Falle das Römische Recht gelte, wenn nicht durch Verträge, besondere Gesetze oder Gewohnheiten ein anderes festgesetzt sey, und diese Meynung halte ich für die gegründetste.

(1) *Pufendorf* de I. N. et G lib. 4. cap. 6. §. 10.

(2) *Gundling* diss. de C. Trebatio Testa. §. 30. in exercitat. academ. tom. 1. pag. 214.

(3) *Io. Hartmuth Rays* diss. de ferar. persecutione in territorio alieno, §. 21. *Io. Iod. Beck.* de iurisd. forest. cap. 13 §. 4 p. 252.

(4) *Leyser* sp. 441. med. 11 Christ. Gottl. Riccius Entw. der in D. üblichen Jagdgerechtigkeit, Cap. 8. §. 5. S. auch *Müller* ad *Leyser* obs. 706.

§. 302. Von der Kriegseroberung.

Die occupatio bellica, Kriegseroberung, hat folgende Beschaffenheit. Wenn ich mit jemand einen von meiner Seite gerechten Krieg führe: so ist mir alles erlaubt, was nöthig ist, um mir Genugthuung wegen der erlittenen Beleidigung, und Sicherheit für die Zukunft zu verschaffen. In sofern die Wegnahme und Zueignung der feindlichen Sachen ein dazu nöthiges Mittel ist: so ist sie auch erlaubt, und diese heißt occupatio bellica. Also die Sachen meines Feindes sind, wie die Anmerkung sagt, keine wirklichen herrnlosen Dinge. Ich bin aber befugt, sie wegzunehmen, und mir zuzueignen, so gut als ob sie res nullius wären, weil dieß nöthig ist, um Ersatz für die vom Feinde erlittene Beleidigung, und Sicherheit für die Zukunft zu bekommen (*1). Von dieser Occupation ist zu bemerken: 1) sie hat nicht in einem Bürgerkriege Statt; denn sie setzt voraus, daß der Occupirende das Recht, Krieg zu führen, habe. Bürger aber sind nicht befugt, mit Bürgern zu kriegen. Da 2) ein kriegführender Theil sich seine Sachen nicht gutwillig nehmen läßt, sondern sich widersetzt, und das, was ihm abgenommen ist, mit Gewalt wieder zu bekommen sucht; so ist die Eroberung bey beweglichen Sachen nicht eher vollendet, als bis der Occupirende sie in Sicherheit, in die Garnison, oder in das Lager, gebracht hat (*2); bey unbeweglichen nicht eher, als bis sie mit Festungswerken dergestalt verschanzt sind, daß der Feind sie nicht wieder besetzen

kann, ohne diese Werke einzunehmen. 3) Wem steht das Recht der Eroberung zu, dem, welcher Krieg führet, oder den einzelnen Soldaten? Man distinguire: die eroberten Sachen sind entweder bewegliche, oder unbewegliche. Die letzten gehören allezeit der kriegführenden Macht; ager hostium *publicatur*, sagt Pomponius L. 20. §. 1. D. de captiv. et postlim. d. i. reipublicae adquiritur. Die Römer nahmen gewöhnlich den besiegten Völkern einen Theil ihrer Ländereyen ab, und eigneten ihn sich zu. Wenn hingegen bewegliche Sachen erbeutet wurden, so ist dem Soldat entweder die Plünderung erlaubt worden, und er hat bey dieser Gelegenheit Beute gemacht, oder nicht. Im ersten Falle gehört die Beute dem Soldaten, im letzten ist die Sache nach dem Römischen Rechte sehr zweifelhaft, und man kann fünf und mehr verschiedene Meynungen der Juristen über diese Frage zählen (*3). Ich glaube, daß man einen Unterschied zwischen den Dingen gemacht hat, welche ein einzelner Soldat einzelnen Feinden abnahm, und zwischen solchen, welche ein ganzes Corps oder Commando Soldaten von dem Feinde erbeutete. Jene ließ man den Soldaten, diese hingegen gehörten dem Staat, und ein Soldat, welcher etwas davon nahm, begieng einen *peculatum*, d. i. einen Diebstahl am Staate.

(1) Manche wollen die Eroberung nicht für eine Occupation gelten lassen, z. E. *Paulli* diss. de iure Principis circa res nullius cap. 1. §. 30. weil die Sachen des Feindes keine herrenlosen Dinge seyen. Da man über die Sache einig ist, so ist an dem Namen wenig gelegen.

(2) Dieß scheint mir eine aus dem Begriffe der Occupation fließende, und in der L. 5. §. 1. L. 19. §. 3. L. 30. D. de captiv. gegründete Regel zu seyn. Andere, z. E. *Ziegler* de iur. maiest. lib. 1. cap. 23. §. 79. *Voet.* ad Pand. lib. 49. tit. 15. §. 3. *Marckart* interpret. receptar. iur. civ. lect. lib. 1. cap. 10. et 11. behaupten, daß eine bewegliche Sache sogleich, so wie sie erbeutet wird, dem Erbeutenden gehöre, weil Cajus L. 5. §. 7. de A. R. D. und Justinian §. 17. h. t. sagen: quae ex hostibus capimus, iure gentium statim nostra fiunt.

H. Grotius de iure belli et pacis, lib. 3. cap. 6. §. 3. n. 2. behauptet, nach der heutigestages eingeführten Gewohnheit sehe man darauf, ob die Sache 24 Stunden in des Occupirenden Händen gewesen sey, oder nicht. Nur im ersten Fall sey die Occupation vollendet. Allein diese Gewohnheit ist nichts weniger als allgemein. S. *Ziegler* et *Coccei* ad *Grot.* l. c. *Bynckershoek* quaest. iur. publ. lib. 1. cap. 4.

(3) *Cuiac.* obs. lib. 19. cap. 7. *Donell.* commentar. lib. 4. cap. 21. *Merenda* controv. lib. 1. cap. 22. *Ziegler* l. c. *Vinn.* ad §. 17. h. t.

§. 303. Vom iure postliminii.

Im Kriege kommt ein Recht vor, welches *ius postliminii* heißt. Es ist die Wiedererlangung meiner im Kriege verlohrnen Rechte, und kann vorkommen 1) bey unbeweglichen Gütern, 2) bey beweglichen Sachen, 3) bey Personen. Wenn nemlich 1) der Feind ein Stück Land, das mir zugehört, einnimmt; z. E. auf meinem Acker eine Schanze aufwirft, nun aber zurück

geht, und die Schanze verläßt: so wird der Acker wieder mein Eigenthum. Wird mir 2) eine bewegliche Sache vom Feinde weggenommen, und unsere Truppen holen sie zurück: so geschieht dieß entweder noch eher, als der Feind die Sache in Sicherheit gebracht hatte; oder nachdem sie schon in Sicherheit war. Im ersten Falle ist und bleibt die Sache mein; sie soll mir also (nach den Gesetzen, die aber unter den Waffen bekanntlich schweigen) unentgeltlich herausgegeben werden. Im letzten Falle hingegen habe ich kein Recht mehr darauf; will ich sie haben, so muß ich dem sie abkaufen, der sie erbeutet hat. 3) War ein Römer vom Feinde gefangen worden, und kam aus der Gefangenschaft zurück: so erhielt er alle seine vorigen, durch die Gefangenschaft verlohrnen Rechte wieder, oder er hatte das ius postliminii; doch nur alsdann, wenn er auf eine erlaubte Art zurück kam, und des iuris postliminii sich nicht unwürdig gemacht hatte. Daher hatten kein ius postliminii a) die nach geschlossenem Frieden dem Feinde entliefen, wenn im Friedensschlusse die Zurückgabe der Kriegsgefangenen nicht ausbedungen worden war; b) die, welche auf schimpfliche Art die Waffen von sich geworfen, und sich dem Feinde ergeben hatten; c) die, so freywillig bey dem Feinde geblieben waren, da sie doch vermöge des Friedensschlusses hätten zurück kommen dürfen, und erst nach einiger Zeit zurückkehrten (*1).

(1) L. 12. L. 17. L. 20. D. de captiv. et postlim.

§. 304. Vom Finden.

Wenn eine bewegliche res nullius, welche kein wildes Thier ist, occupirt wird: so heißt die Occupation *inventio*, das **Finden**. Also nur bewegliche Sachen werden durch Finden erworben, und zwar solche, die keine wilden Thiere sind; denn diese erlangt man durch das Jagen. Die Sachen, welche man noch durch Finden erwerben will, können übrigens gar mancherley seyn. Es gehören dahin Steine, Versteinerungen, Perlen, Korallen, Bernstein, Conchylien, Seegewächse, und andere Dinge aus dem Mineral- und Gewächsreich, Insecten, die man im Felde, an der Seeküste, auf Bergen u. s. w. findet. Denn sie sind res nullius, so lange sie noch niemand occupirt hat. Auch zahme Thiere, z. E. Hunde, welche jemand derelinquirt hat, kann man durch Finden erwerben (*1).

(1) *Born* diss. de inventione rerum casu amissarum, in dissertat. selectis, num. 12.

§. 305. Von Schätzen.

Ferner Schätze gehören dahin. Nemlich ein Schatz heißt eine verborgene kostbare Sache, deren Eigenthümer unbekannt ist (cuius non exstat memoria). Wenn ich einen solchen Schatz finde (s. die 14. Tabelle), so habe ich entweder Zauberkünste dabey gebraucht, oder nicht. Im ersten Falle nimmt ihn der Fiscus weg (*1); im letzten Falle finde ich ihn entweder auf eigenem Grund und

Boden, oder auf eines Andern. Ich sage eines Andern, es sey nun ein öffentliches oder ein Privatgrundstück. 2) Wenn ich ihn auf meinem Grund finde, so ist er mein. Finde ich ihn hingegen 3) auf einem fremden, so sind folgende Fälle zu unterscheiden. a) Wenn ich einem auftrage, einen Schatz in meinem Boden zu suchen, z. B. ich miethe einen Maurer, um da die Mauer aufzubrechen, wo ich einen Schatz vermuthe, und dieser zum Ausgraben des Schatzes von mir gemiethete Arbeiter ihn findet: so ist er ganz mein, und der Finder kann nichts von mir verlangen. b) Ist aber der Finder zu einer andern Arbeit gemiethet gewesen, z. B. der Tischler soll mir einen Fußboden legen, und findet ungefähr den Schatz: so kann er die Hälfte davon verlangen. c) Findet Jemand einen Schatz auf fremdem Boden, ohne daß ihn der Eigenthümer gedungen hatte, und zwar von ungefähr, indem z. E. der Miethsmann in dem gepachteten Grundstück pflügt, so ist er zur Hälfte sein. d) Durchsuche ich hingegen in der Absicht eines Andern Boden, um einen Schatz zu finden, und finde dergleichen, so ist er ganz dem Eigenthümer des Grundstückes, und wenn ich ihn behalte; so werde ich als ein Dieb gestraft (*2).

Die Anmerkung sagt: die Acquisition eines Schatzes wird in unsern Gesetzen zuweilen zu den Accessionen, zuweilen zu den Occupationen gerechnet. Nemlich die classischen Juristen disputiren: ob ein Schatz iure accessionis oder occupationis acquirirt würde; ob also in dem Falle, wenn ich einen Schatz auf einem fremden Grundstück finde, er mir oder dem Eigenthümer des Grundstücks gehöre? Kayser Hadrian entschied den Streit durch die vorhin erklärten Distinctionen. Nach dieser Verordnung also wird ein Schatz zuweilen durch Occupation, zuweilen durch Accession, zuweilen durch beydes erworben (*3). Wenn ich nemlich a) einen Schatz auf meinem Grundstück finde, so ist er sowohl iure occupationis, als accessionis mein. Iure occupationis, denn ich habe ihn gefunden; iure accessionis, denn er lag auf meinem Grund. d) Bekomme ich den Schatz halb, welchen ein Anderer auf meinem Grundstück gefunden hat, so geschieht es iure accessionis. Endlich c) wenn ich einen Schatz auf fremdem Boden finde, und zur Hälfte bekomme, so gründet sich dieß allein auf das Occupationsrecht.

(1) Doch in dem Fall, wenn ich den Schatz mit Zauberkünsten auf einem fremden Grundstücke finde, kann der Fiscus wohl nicht mehr als die Hälfte davon fordern, und muß dem Eigenthümer des Grundstückes die andere Hälfte lassen. *Coccei* ius controv. tit. de A. R. D. qu. 5.

(2) *Christ. Lud. Crell* diss. de thesauro a mercenariis aut fabris invento. Viteb. 1749 *Idem* de thesauro a mercenariis aut fabris occultato, ib. e. a. *Christ. Gottl. Richter* diss de iure thesauri a mercenariis inventi. Lips. 1773.

(3) *Heineccius* ad *Vinnium* §. 39. *Huber* in praelect. h. t. §. 29. läugnet, daß

der Eigenthümer des Bodens die Hälfte des Schatzes nach Accessionsrecht bekomme; er erhalte ihn, meynt er, blos der Billigkeit wegen. Dieß widerlegt *Mann* diss. de thesauro, §. 10. in *Oelrichs* thesaur. diss. Belgicar. Vol. 1. Part. 2. pag. 326. sqq. Die ganze Geschichte der Legislation über die Schätze erzählen *Iac. Gothofr.* ad L. 1. Cod. Theodos. de thesaur. tom. 3. pag. 513 edit. *Ritter. Beck* de novell. Leon. pag. 156. sqq. ibique *Zepernick, Christ. Gottl Richter* diss. cit. Ein sonderbarer Fall mit einem Schatze soll sich in Frankfurt zugetragen haben. Zwey gehen an den Mayn. A. hat einen Pudel bey sich. B. wirft einen Stein in das Wasser, daß ihn der Pudel herausholen soll, statt des Steins bringt er einen silbernen Vorlegelöffel. Wem gehörte dieser Löffel?

§. 306. Welche Sachen man nicht durch Finden erwerben kann.

Wir haben Beyspiele von Dingen gesehen, die man durch Finden erwerben kann. Hier werden einige Sachen benennt, welche man nicht auf diese Art an sich bringen kann. Dergleichen sind 1) verlohrne Sachen. Sachen, die ich aus der Tasche verliere, an einem fremden Ort aus Vergessenheit zurücklasse, die von der Postchaise fallen u. s. w. Denn das Eigenthum hört nicht auf, wenn der Besitz verlohren geht; und der Eigenthümer hat die Sache nicht derelinquirt. 2) Wenn ein Blödsinniger, ein im höchsten Grade Betrunkener, oder jemand im Zorn eine Sache wegwirft. Denn auch dieser hat die Absicht nicht, die Sache zu derelinquiren; und jene können eine solche Gesinnung gar nicht haben. 3) Güter, welche bey einem Schiffbruch in die See fallen, desgleichen Waaren, die zur Zeit eines Sturmes aus dem Schiffe geworfen werden, um es zu erleichtern. Der Grund ist der eben angeführte, die Absicht der Dereliction fehlt. Wäre indessen die Sache, welche in die See geräth, von der Art, daß sie sogleich zu Grunde gehen und verderben müßte, z. E. eine Kiste mit Zucker; jemand aber fischte sie unverzüglich auf, und rettete sie vom Verderben: so würde sie sein Eigenthum werden. Und so ist vielleicht Ulpian (*1) zu verstehen, wenn er sagt: Einer, der eine Sache in die See werfe, thue es mehrentheils in der Absicht, sie zu derelinquiren, da er wisse, daß sie umkomme (*2).

(1) L. 43. §. 11 de furt.

(2) Sechs verschiedene Erklärungen der L. 43. führt *Passeribus* in conciliat. LL. p. m. 233. sqq. an. S. auch *Huber* dig ess. part. 1. lib. 4 cap. 26. *Theodor. Pauli* diss. de bonis naufragorum fisci et privatorum adquisitionem effugientibus (Regiom. 1689) cap. 2. §. 5. und *Io. Sam. Frid. Boehmer* diss. de servatico, vom Berglohn (Frf. ad Viadr. 1743.) cap. 1. §. 8.

§. 307. Heutiger Gebrauch.

Noch ist der heutige Gebrauch der Lehre von der Occupation anzuführen. 1) Die Jagd ist nicht an allen Orten in Deutschland jedem Unterthan erlaubt, sondern wer jagen will, muß in vielen Provinzen ein besonderes Recht zu jagen, oder wie man sagt, er muß die Jagd haben; sonst begeht er einen

Diebstahl, einen Wilddiebstahl. Die wilden Thiere sind zwar bey uns eben sowohl herrnlose Sachen, als bey den Römern, allein nicht jeder hat das Recht, alle Arten derselben zu occupiren; wer aber das Recht zu jagen habe, wird durch die Landesgesetze und Observanz bestimmt. An vielen Orten ist die Jagd ein Regal, ein landesherrliches Recht, das also kein Unterthan ohne landesherrliche Concession ausüben kann. Diese Concession kann jemand als ein Lehen (feudum), er kann sie auch durch ein Privilegium bekommen. So haben z. E. auf vielen deutschen Academien die academischen Personen die Jagdgerechtigkeit vermöge eines Privilegiums. An andern ist sie ein Recht adelicher Güter (pertinentia fundi nobilis). Wer ein freyadeliches Gut besitzt, darf darauf jagen. Wieder an andern ist nur die hohe Jagd ein Regal. Es giebt indessen auch Gegenden, wo man die freye Pürsch hat; das heißt, wo jeder Bürger auf jedem Gute jagen kann (*1). Wenn keine solche besondere Normative vorhanden sind, sondern blos nach der Natur der Sache und dem alten deutschen Herkommen zu urtheilen ist: so muß die Jagd als Zubehör der Waldungen und Landgüter betrachtet werden (*2).

2) Was die Beute belangt, so haben wir zweyerley Soldaten, regulirte Truppen, und Freycorps (milites, qui sponte castra sequuntur, ut praedatum exeant). Die letzten haben ein vollkommenes Recht auf die Beute. Denn sie bekommen wenig Sold, werden zu den beschwerlichsten Expeditionen gebraucht, und abgedankt, sobald der Krieg zu Ende ist. Wenn hingegen regulirte Truppen Beute machen, so distinguirt man: entweder wird ihnen die Plünderung erlaubt, oder nicht. Im ersten Falle behalten sie die Beute. Im letzten ist es entweder Geschütz, Munition, Magazine, öffentliche Cassen, was sie erbeuten, oder etwas anderes. Jene Sachen gehören der kriegführenden Nation, diese aber läßt man den Soldaten (*3). Was ein Freycorps zu Land ist, das sind die Capers zur See. Also auch diesen gehört alles, was sie aufbringen. Nach dem Römischen Recht erstreckt sich die occupatio bellica auch auf die Person des Feindes, indem sie ihre Kriegsgefangenen zu Sklaven machten. Dieß geschieht heutzutage, wenn christliche Nationen Krieg führen, nicht mehr.

3) An einigen Orten eignet sich der landesherrliche Fiscus Dinge zu, welche an der Seeküste gefunden werden, z. E. der Bernstein, der sich an den Küsten der Ostsee findet, wird von den Königl. Preußischen Bernsteinfischern gesammelt, und niemand anders darf ihn zu sich nehmen. Auch die Schätze appropriiret sich in manchen Ländern der Fiscus. Indessen gründet sich dieß alles nur auf Gesetze oder Gewohnheiten einzelner Provinzen. Nach gemeinen Rechten hat der Fiscus kein ausschließliches Recht, herrenlose Sachen zu occupiren (*4).

4) Daß

4) Daß in ältern Zeiten die Anwohner der Flüsse in Deutschland, deßgleichen die Bewohner der Seeküsten Güter, die an den Strand geworfen worden, sich zugeeignet; oder das Strand-, Grund-, Ruhr- oder Fahrrecht, wie man es nannte, ausgeübt haben, ist gewiß. Daß es auch noch heutigestages heimlich geschiehet, ist eben so wenig zu läugnen (*5). Indessen ist es in der auth. Navigia C. de furtis vom Kayser Friedrich II. und im 218. Artikel der Halsgerichtsordnung Carls V. verboten (*6). In manchen Ländern eignet sich der Fiscus die Güter der Schiffbrüchigen zu. Man läßt die Güter sammeln und in das Bergehaus bringen, wo sie eine gewisse Zeitlang bleiben, und dem Eigenthümer gegen Entrichtung des Bergegeldes ausgeliefert werden. Meldet sich in bestimmter Zeit niemand, so werden sie zum Besten des Fiscus verkauft (*7).

(1) Strube Nebenst. 5. Th. 54. f. f. Seite.

(2) *Leyser* Medit. ad Pand. spec. 441. Pütter Beytr. zum deutschen Staats- und Fürstenrecht, 1. Band, 203. S. Runde deutsches Recht §. 153.

(3) *Stryk* us. mod. tit. de captiv. §. 2. Strube rechtl. Bed. 2. B. S 100.

(4) Strube rechtl. Bed. 2. Theil, 278. Seite, und 4. Theil 279. Seite. Von den Schätzen insonderheit zeigt dieß *Christoph God. Goll* diss. an thesauri iure German hodierno regalibus fisci annumerandi sint (Alt. 1754) §. 28. sq.

(5) Daß in Helgeland und Jütland diese Gewohnheit noch ist, bezeugt Nugent in s. Reisen 1. Theil. 12. Seite.

(6) *Reinharth* ad *Christin.* vol. 5. obs. 8. und hauptsächlich die §. 306. angeführte Böhmerische Dissertation.

(7) Wenn der Fiscus sich diese Dinge geradezu und sogleich zueignet, so handelt er höchst ungerecht. *Theod. Pauli* diss. cit. cap. 1.

§. 308. Von der Accession.

Der zweyte modus adquirendi heißt *accessio.* Man versteht darunter die Erwerbung einer accessorischen Sache, welche sich darauf gründet, daß diese accessorische Sache mit des Erwerbers Principalsache vereinigt worden ist.

Sie ist entweder *naturalis*, oder *industrialis*, oder *mixta*. Wenn nemlich durch die Wirkungen der Natur ohne absichtliches menschliches Zuthun eine Sache mit der andern vereinigt wird, so heißt es accessio naturalis. Hat hingegen ein Mensch die Sachen absichtlich mit einander verbunden: so ist es accessio artificialis oder industrialis (*1); und wenn beydes zusammen gewirkt hat, Kräfte der Natur und Bemühung eines Menschen, so ist es accessio mixta.

Einige setzen, und zwar mit Recht, noch die accessionem *fortuitam* zu, wo bloßer Zufall die accessorische Sache mit der principalen zusammen bringt, oder auch ein Mensch die Sachen verbunden hat, ohne die Absicht, daß sie

verbunden bleiben sollen, z. E. wenn ein Schatz in mein Grundstück vergraben wird (§. 305).

Die Accession sey nun von welcher Art sie will, so giebt das Römische Recht die Regel: *accessorium sequitur principale*, der, welchem die Principalsache gehört, acquirirt die accessorische Sache (*2).

Allein, was heißt Principal-, was heißt accessorische Sache? Diese Frage läßt sich nicht mit einer allgemeinen Antwort abfertigen. Zuweilen heißt a) res principalis die Sache, aus der eine andere entsteht, in oder an der eine andere erzeugt wird. Wenn eine Sklavin ein Kind gebiert, so ist sie das principale, das Kind ein accessorium. Wenn der Fluß an meinem Acker Land ansetzt, so ist der Acker das principale, der Anwuchs accessorium. Verläßt ein Fluß, der an meinen Länderenen herfloß, sein altes Wasserbett: so ist meine Länderey das principale, das verlassene Wasserbett ein accessorium. In andern Fällen b) heißt accessorium das Ding, welches man braucht, um ein anderes zu zieren, und dieses letzte heißt principale; z. E. die Tressen und Stickerey auf einem Kleide sind accessorium, das Kleid principale. Ferner wird c) zuweilen das kostbarere Ding in Rücksicht auf das minder kostbare für die Principalsache gehalten; z. E. bey einem Gemälde ist die Tafel, das Linnen ꝛc. worauf gemahlt ist, accessorium; die Mahlerey selbst aber das principale. Sodann heißt auch d) principale das, was den größern Theil eines Dinges ausmacht; accessorium aber der geringere Theil. Z. E. ein Balken ist in Ansehung des ganzen übrigen Hauses, eine Handhabe in Ansehung des Gefässes, woran sie ist, ein accessorium (*3). Endlich e) heißt accessorium ein Ding, das man ohne ein anderes nicht wohl brauchen kann; und dieses andere ist das principale. Z. E. Sattel und Zeug sind ein accessorium des Pferdes. Denn ohne Pferd sind sie nicht zu gebrauchen (*4).

(1) Man s. indessen §. 314. (1).
(2) Bey der Vermischung allein ausgenommen. Denn hier ist keine Sache res principalis, keine accessoria. Daher wird das Gemische gemeinschaftlich. (§ 324.)
(3) *Vinn.* ad §. 26. h. t. n. 2.
(4) Bey gefaßten Edelsteinen ist zuweilen der Stein, zuweilen die Sache, in welche er gefaßt ist, das Principale. Wenn nemlich der Stein nur gefaßt wird, um ihn tragen oder brauchen zu können, z. E. als Pettschaft, so ist er die Principalsache. Wird er hingegen gefaßt, um eine andere Sache z. E. einen Degen, Stockknopf u. d. gl. zu zieren, so ist er ein accessorium L. 19. §. 20. L. 20. D. de aur. arg. leg.

§. 309. Gattungen der natürlichen Accession.

Die Gattungen der natürlichen Accession sind: *partus ancillae* (*1), *nativitas insulae in flumine, alluvio, vis fluminis* oder *avulsio, alvei*

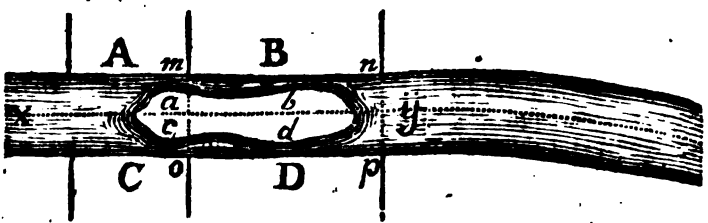
mutatio. Partus ancillae, wenn meine Sklavin ein Kind gebiert; nativitas insulae, wenn in einem Fluß, an dessen Ufer ich Ländereyen besitze, eine Insel entsteht; alluvio, wenn der Fluß nach und nach an mein Land etwas ansetzt; vis fluminis oder avulsio, wenn der Fluß ein Stück Land auf einmal losreißt, und es an meine Länderey hinführt; alvei mutatio, wenn ein Fluß sein voriges Bett verläßt, und dieses trocken liegen bleibt. Von Bergwerken, Steinbrüchen, Thongruben s. §. 313.

(1) Andere rechnen auch die foeturam animalium unter die accessiones naturales. Nun ist es zwar richtig, daß dem Herrn des Mutterthieres auch die Jungen gehören; allein da die Jungen ein fructus sind, so ist diese Erwerbung nicht zu der Accession, sondern zu der fructuum perceptione (§. 329.) zu zählen.

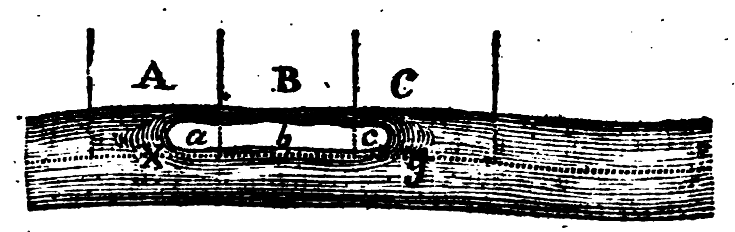
§. 310. Von dem Sklavenkind und der Entstehung einer Insel.

Die erste Gattung der natürlichen Accession ist partus ancillae. Wenn ich nemlich eine Sklavin habe, und diese ein Kind zur Welt bringt: so ist das Kind mein. Denn die Sklavin ist das principale, das Kind accessorium (§. 308.); das accessorium aber gehört dem Herrn des principalis. Kinder von dieser Art heißen *vernae*, und man schätzte sie höher als angekaufte, weil man sich mehr auf sie verlassen konnte; sie genauer kannte, als andere ꝛc.

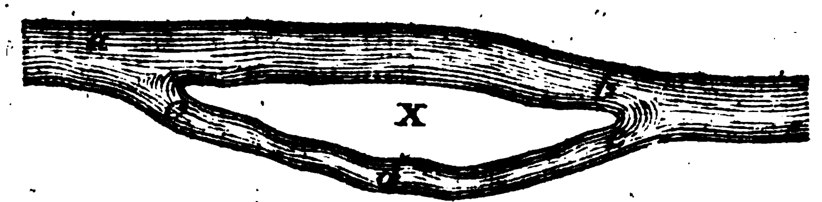
Die zweyte natürliche Accession heißt *nativitas insulae.* Wenn nemlich in einem Flusse nach und nach eine Insel entsteht, so gehört sie, wenn man auf die Natur der Sache sieht, dem Eigenthümer des Flusses. Da nun die Flüsse res publicae sind, so gehören auch die Inseln im Flusse dem Staate. Die Römischen Gesetzgeber aber eignen sie denen zu, welche am Ufer des Flusses Güter haben (*1). Die Vertheilung geschieht auf folgende Art. Man ziehe durch den Fluß der Länge nach eine gerade Linie X Y, welche den Fluß in zwey Theile schneidet (*2).



Nun lasse man von den Grenzen der benachbarten Ländereyen m n o p Perpendikel auf jene Linie X Y fallen. Alsdann wird es sich zeigen, wie viel jeder Nachbar bekommt. Der Anläger A bekommt das Stück der Insel a. Der Anläger B das Stück b u. s. w. Fällt die Insel nicht in die Mitte des Flusses, sondern ganz diesseits oder jenseits der Mittellinie X Y: so gehört sie den Anlägern des einen Ufers allein.



A erhält nemlich das Stück a, B das Stück b, und C das Stück c. Uebrigens reden wir nur von Inseln, die in Flüssen entstehen. In der See trägt sich dieser Fall wegen der heftigen Bewegung der Wellen nicht leicht zu, es müßte denn durch einen Vulcan geschehen. Wenn er sich aber zuträgt, so ist die neue Insel eine res nullius, und gehört dem, der sie zuerst occupirt. Eben so wenig ist die Rede von Inseln, die ein Fluß aus festem Lande macht. Wenn nemlich ein Fluß, der bisher in dem Wasserbett a b floß, sich theilt, und sich noch einen zweyten Canal a c d e formirt: so wird das Stück X, das vorher festes Land war, zur Insel.



Dieses aber wird nicht unter die Anläger vertheilt, sondern bleibt seinen vorigen Eigenthümern.

(1) Das Gegentheil scheint Labeo in der L. 65. §. ult. D. de A. R. D. zu behaupten. Man s. über diese Stelle: *Vinn.* ad §. 22. h. t. n. 3. *Water* obs. lib. 1. cap. 7. *Perrenon* animadv. lib. 2. cap. 16. in thesaur. *Otton.* tom. 1. p. 646. *D'Orville* diss. ad L. 65. in *Oelrichs* thesaur. diss. Belgicar. vol. 1. tom. 3. pag 286. sqq. *Engau* diss. cuinam insularum in fluminibus publicis natarum competat dominium, sect. 1. §. 10. sqq. Irrig ist es, wenn Einige die neue Insel den Anlägern iure occupationis zueignen. *Vinn.* l. c. §. 6.

(2) Für Leser, welchen die Geometrie nicht fremd ist, merke ich an, daß eigentlich zuerst der Fluß, so weit die Insel reicht, auf ein rectangulum reducirt, und dieses der Länge nach durch eine gerade Linie getheilt werden muß. S. *Io. Ias. Riegger* diss. de geometria legali, (Alt. 1693.) p. 60. sqq. Zu verwundern ist, daß Polack in s. mathes. forens. diese Materie bey weitem nicht so gut auseinander setzt, als jener alte Autor.

§. 311. Von der Alluvion und Avulsion.

Alle Flüsse nehmen nach und nach hie und da an dem Ufer etwas ab, und setzen an andern Orten wieder an. Dieses Ansetzen heißt *alluvio*, und nach

Römischen Gesetzen gehört das angesetzte Stück dem, an dessen Länderey es sich angesetzt hat. Indessen wird dabey vorausgesetzt 1) daß die Länderey unmittelbar bis in den Fluß gehe. Lauft ein Weg, ein Damm u. d. gl., die nicht mein sind, zwischen dem Fluß und meiner Länderey her, so ist auch der Anwachs nicht mein. 2) Hat der Eigenthümer das Land, an welches der Fluß ansetzt, vom Staate erhalten, so kann er sich den Anwachs nur in dem Falle zueignen, wenn es ein ager arcifinius ist. Wenn nemlich der Staat einem Bürger Länderenen gab, so wurden dabey entweder gewisse Grenzen bestimmt, oder nicht. Im ersten Falle hieß es *ager limitatus*, im letzten *arcifinius* (*1). Der *ager limitatus* war von zweyerley Art. Entweder war einem Bürger eine gewisse Hufenzahl gegeben, oder die Grenzen waren durch Zeichen, z. E. Grenzsteine, bestimmt. Jenes hieß in engerem Verstande *ager limitatus*, dieses *ager adsignatus*. Nur in dem Falle, wenn der ager arcifinius war, konnte der Eigenthümer den Anwachs verlangen. War der ager limitatus, oder adsignatus: so gehörte die Alluvion dem Staate.

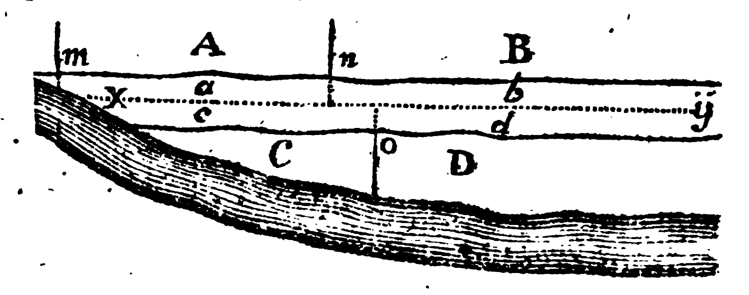
Wenn der Fluß ein Stück Land auf einmal mit Gewalt abreißt, und mit sich fortführt (*avulsio*), endlich aber dieses Stück an meinem Lande hängen bleibt: so ist der vorige Eigenthümer zwar befugt es zu vindiciren, und wieder an sein Grundstück zu ziehen. Will er aber dieses nicht thun, oder kann es nicht, weil das losgerissene Stück an meinem Lande angewurzelt, oder weil die Vindication aus andern Ursachen unmöglich ist: so werde ich Eigenthümer des Stückes (*2).

(1) Fines arcet, er hat keine gesetzlich bestimmte Grenzen.

(2) Indessen muß ich der Billigkeit nach den Werth bezahlen. *Vinn.* ad §. 21. h. t. n. 2.

§. 312. Von der Veränderung des Wasserbettes.

Verläßt ein Fluß sein Bett, und läßt es trocken liegen, so theilen sich die Anläger in das alte Flußbette, wie in eine neue Insel. Man zieht nemlich eine Linie X Y durch das trockene Wasserbett, welche es in zwey gleiche Theile theilt (§. 310. Not. 2.) und auf diese läßt man Perpendikel von den Grenzen der anliegenden Aecker m n o fallen.



Der Besitzer des Feldes A bekommt den mit a bezeichneten Theil des verlassenen Wasserbettes. Der Besitzer des Grundstückes B erhält das mit b bezeichnete Stück u. s. w. Indessen versteht es sich auch hier, daß die Anläzer agros arcifinios besitzen, und diese unmittelbar an den Fluß stossen müssen (§. 311.).

Wenn ein Fluß austritt, und die benachbarten Länderenen eine Zeitlang unter Wasser setzt, so verlieren die Eigenthümer darum nicht ihre Rechte. So lang das Wasser auf dem Lande steht, ist das Eigenthum suspendirt; sobald aber der Fluß zurückgeht, so lebt es wieder auf (*[1]). Ist hingegen die Inundation immerwährend; so hebt sie freylich Eigenthum und Besitz gänzlich auf.

(1) *Georg Stephan Wiesand* progr. de inundatione speciem fundi non mutante. Viteb. 1784. — Das rechtliche Verhältniß der beweglichen Sachen hat besonders näher und gründlich untersucht H. S. Zachariä rechtliche Bemerkungen über die durch Ueberschwemmungen ab- oder fortgerissenen Sachen. Wittenberg 1799. W.

§. 313. Deutsches Recht.

Die bisher vorgetragenen Sätze sind heutigestages nicht an allen Orten im Gebrauch. 1) Die Inseln vindicirt sich an den meisten Orten der Landesherr. Wenn indessen ein Fluß zwey Territorien scheidet, so können die Grundsätze des Römischen Rechts von Theilung neuer Inseln angewandt werden (*[1]). 2) An manchen Orten gehören auch die Alluvionen dem Fiscus, welches aber gegen alle Billigkeit streitet (*[2]). Gleichergestalt schreiben sich die Landesherren das verlassene Wasserbett eines durch ihr Gebiet laufenden Flusses zu; und belehnen zuweilen eine Familie damit. Z. E. in der Altmark und im Magdeburgischen werden viele Familien mit der alten Elbe beliehen. Es fragt sich nur: kann der Fiscus mit Recht Inseln, Alluvion und verlassenes Wasserbett verlangen, wenn ihm keine Provinzialgesetze oder Landesgewohnheiten zur Seite stehen? Dieß muß man verneinen. Für den Gebrauch des Römischen Rechts wird präsumirt, und allgemeine Deutsche Gesetze fehlen in diesem Stücke (*[3]). Bergwerke gehören nach dem Römischen Rechte dem Eigenthümer des Gutes, auf welchem sie angelegt werden. In Deutschland sind sie vermöge eines uralten Herkommens zu den Regalien gehörig. Dieß läßt sich aber auf Steinbrüche, Thon-, Torfgruben u. s. w. nicht ausdehnen (*[4]). 3) Wenn jemand die Dämme nicht im Stand erhält, oder den schuldigen Beytrag zum Wasserbau nicht entrichtet: so verliert er nach der Vorschrift einiger Particulargesetze zur Strafe das Eigenthum seiner überschwemmten Länderenen nach einem Verlauf von zehen Jahren, und der Landesherr confiscirt sie.

(1) *Engau* diss. (§. 310.) cit.

(2) Im Hessen-Darmstädtischen ist durch eine Verordnung vom J. 1734. das Römische Recht in Ansehung der Alluvion bestätigt.

(3) *Pufendorf* tom. 4. obs. 238. 239. *Müller* ad *Leyser* part. 2. obs. 112. p. 6. sqq. Runde deutsches Recht §. 106.

(4) Runde am a. O. §. 161. u. f. f.

§. 314. Gattungen der künstlichen Accession.

Die künstliche Accession hat drey Gattungen: *adiunctio*, *specificatio*, *commixtio*. Wenn nemlich eine Sache mit der andern verbunden wird, so wird entweder Körper mit Körper verbunden, oder Form mit Materie. Wenn das letzte geschiehet; wenn aus einer Materie durch formen ein neuer Körper producirt wird: so heißt es *specificatio*. Kommt hingegen ein Körper zum andern, so werden sie entweder fest zusammen verbunden, oder nur vermischt. Im ersten Falle ist eine *adiunctio*, im letzten *commixtio* vorhanden (*1).

(1) Man rechnet die Commixtion unter die künstliche Accession. Daß sie aber zuweilen ohne Absicht durch bloßen Zufall geschehe, wird sich im Folgenden (§. 324.) zeigen.

§. 315. Grundsätze derselben.

Die Rechte der künstlichen Accession sind in der 15. Tabelle dargelegt. Die erste und hauptsächlichste Distinction ist diese: entweder ist die Principalsache mein, und ich verbinde mit ihr eine fremde, accessorische Sache; oder die Principalsache gehört dem Andern, und ich vereinige damit mein *accessorium*. Z. E. bey einem Gebäude ist der Boden, auf dem es steht, das principale, das Gebäude selbst ist das accessorium. Es sind also zwey Fälle möglich, der erste: ich setze auf meinen eignen Boden ein Haus; das Holz aber, woraus es erbauet ist, gehört einem Andern; es ist etwa ihm entwendet und mir verkauft worden. Hier ist das principale mein, das accessorium nicht. Der zweyte Fall: ich setze auf eines Andern Grund ein Haus, das Holz aber, woraus es besteht, ist mein eigen. Es kann ja seyn, daß der Platz, auf welchen ich das Haus setze, an meinen Hof stößt, und daß ich aus Irrthum geglaubt habe, er gehöre mir. Nun also ist das accessorium mein; das principale nicht.

Wir wollen den ersten Hauptfall überlegen, wenn der Herr der Principalsache die Verbindung macht: wenn das *principale* mein ist, und ich damit ein fremdes *accessorium* verbinde. Jetzt wird die res accessoria durch die Accession mein Eigenthum. Allein man bemerke dabey folgende zwey Sätze: a) Wenn ich gleich durch die Accession Eigenthümer der accessorischen Sache werde, so ist doch mein Eigenthum nicht allezeit unwiderruflich; zuweilen ist es nur widerruflich. Gesetzt auch, daß ich bekomme ein irrevocables Eigenthum, so glaube man ferner nicht, daß ich die Sache jedes-

mal umsonst bekomme. Nein; ich muß zuweilen dem vorigen Eigenthümer den Werth, ganz oder zum Theil, bezahlen.

Wenn nemlich die accessorische Sache dergestalt mit der Hauptsache verbunden wird, daß sie ohne Schaden nicht wieder davon getrennt werden kann: so bleibt sie dem Herrn der Hauptsache unwiderruflich eigen. *Extinctae* res vindicari non possunt, sagt Justinian, das heißt, der vorige Herr kann sie so wenig vindiciren, als wenn sie gar nicht mehr existirten. Können hingegen die Dinge ohne Schaden wieder getrennt werden, so wirkt die Accession nur ein widerrufliches Eigenthum. Denn der vorige Herr der accessorischen Sache kann actionem ad exhibendum gegen den Herrn der Principalsache anstellen, und verlangen, daß er die Sachen wieder trenne. Ist dieß geschehen, so kann jeder seine Sachen vindiciren. Z. E. wenn einem Goldfaden gestohlen, und in mein Kleid gestickt wird: so gehört mir der Goldfaden, weil er das accessorium, das Kleid aber das principale ist. Wäre der Goldfaden noch unverarbeitet, so könnte ihn der Eigenthümer vindiciren. Die Accession aber hindert dieß. Ich erwerbe auch ein unwiderrufliches Eigenthum; denn der Goldfaden läßt sich ohne Schaden nicht wieder aus dem Kleide nehmen. Man denke hingegen den Fall, daß einem ein Diamant entwendet wird, daß ich ihn kaufe und in meinen Ring fassen lasse. Durch dieses Fassen werde ich zwar Eigenthümer des Steins, allein ich bekomme doch nur ein widerrufliches Eigenthumsrecht; denn der Stein läßt sich ohne Schaden wieder ausheben; der vorige Eigenthümer kann also verlangen, daß es geschehe, und wenn es geschehen ist, den Stein vindiciren.

§. 316. Fortsetzung.

Ich habe gesagt, zuweilen müsse ich, der Herr der Hauptsache, dem Herrn der accessorischen Sache den Werth dafür bezahlen. Nemlich entweder bin ich ein redlicher oder unredlicher Besitzer (in bona oder in mala fide). Bin ich in einem unredlichen Besitz, z. E. ich kaufe wissentlich gestohlnen Goldfaden, und lasse ihn in mein Kleid sticken: so muß ich den Werth für die accessorische Sache bezahlen, und kann actione furti, oder condictione furtiva belangt werden. Bin ich hingegen ein redlicher Besitzer, z. E. ich weiß nicht, daß der Goldfaden gestohlen ist; so unterscheide man folgende drey Fälle: a) ich habe den wahren Werth für die accessorische Sache bezahlt; b) ich habe etwas, aber doch nicht den ganzen Werth bezahlt; c) ich habe sie umsonst bekommen. Wenn ich den wahren Werth für die accessorische Sache schon gegeben habe: so bin ich dem vorigen Eigenthümer zu nichts weiter verbunden. Habe ich etwas bezahlt, aber doch den ganzen Werth nicht, z. E. ich habe für den Goldfaden, welcher 10 Thlr. werth ist, nur 6 Thaler gegeben: so muß ich dem Eigenthümer das minus, also in dem gegebenen Beyspiele noch 4 Thlr. zahlen. Endlich wenn

wenn ich gar nichts für die accessorische Sache gegeben habe, der Goldfaden z. E. ist mir geschenkt worden: so muß ich dem Eigenthümer den völligen Werth vergüten.

§. 317. Fortsetzung.

Wenn (der zweyte Hauptfall) der Herr der accessorischen Sache die Verbindung der beyden Dinge bewirkt; wenn ich eines Andern seine Principalsache mit meiner accessorischen vereinige (z. E. ich kaufe einen gestohlnen Rock, und lasse ihn mit Gold sticken oder Tressen draufsetzen); so können die Sachen entweder ohne Schaden der Principalsache wieder getrennt werden, oder nicht. Ist jenes, so trenne ich sie; oder, wofern ich nicht im Besitz bin, klage ich actione ad exhibendum auf die Trennung, und vindicire alsdann meine Sache (also in dem gegebenen Beyspiel die Tressen). Lassen sich aber die Sachen nicht so trennen (wie dieß der Fall bey der Stickerey ist), so bin ich entweder in bona fide oder in mala. Bin ich in mala fide, so verliere ich das Eigenthum meiner accessorischen Sache (*1). Wenn ich hingegen in bona fide bin, so befinde ich mich entweder im Besitz der verbundenen Dinge, z. E. des gestickten Kleides, oder nicht. Bin ich im Besitz, so kann ich das Retentionsrecht ausüben, d. i. solang die Sache im Besitz behalten, bis mir der vorige Eigenthümer des Kleides meine Auslage, z. E. für Gold und Stickerlohn ersetzt. Wenn ich hingegen nicht im Besitz bin, so steht mir nach Römischem Recht keine Klage zu. Nach der Praxis aber wird sie mir doch nicht versagt werden, weil es höchst unbillig wäre, wenn der Andere mit meinem Schaden reicher würde (S. §. 320.).

(1) Arg. §. 30. h. t.

§. 318. Von der Adjunction.

Die erste Gattung der künstlichen Accession ist die adiunctio, wenn ein Körper mit dem andern verbunden wird, daß sie zwar fest zusammenhängen, aber doch unterschieden werden können. Untergattungen derselben sind die *inclusio*, wenn des einen Stein in des Andern Metall gefaßt wird, und dieses die Principalsache ist, z. E. der Stein des einen wird in des Andern Degen, Uhr, Stockknopf gefaßt; *adferruminatio*, wenn des einen Stück Metall an des Andern Maschine, Statue, Gefäß u. d. gl. angeschweißt wird; *adplumbatura*, wenn die zwey Stücke Metall zusammen gelöthet werden (*1); *intextura*, wenn eines Gold, Silber, Seidenfäden u. s. w. in des Andern Kleid genähet, gestickt, gewebt werden; *attextura*, wenn Bänder, Schnüre, Tressen u. d. gl. welche diesem gehören, auf eines Andern Kleid genähet werden; *inaedificatio*, wenn Jemand auf meinen Grund bauet, oder ich fremde Materialien auf meinem Grund verbaue; *scriptura*, wenn jemand auf eines

Andern Papier schreibt; *pictura*, wenn er auf fremde Materie, Holz, Leinwand, Kupfer u. s. w. mahlet.

In allen diesen Fällen acquirirt der Herr der Principalsache das accessorium.

(1) Das Zusammenschweißen geschieht, wenn zwey Stücke Metall glühend gemacht, und durch Hammerschläge mit einander verbunden werden. Bey dem Zusammenlöthen hingegen verbindet man sie durch ein dazwischen gebrachtes leichter fließendes Metall.

§. 319. Fortsetzung.

Nemlich 1) der Herr des Degens, der Uhr, des Stockknopfs u. s. w. acquiriret den darin gefaßten Stein. 2) Der Herr der Maschine, Statue, des Gefäßes u. s. w. erwirbt das angeschweißte oder angelöthete Stück Metall. 3) Die Fäden, welche in ein Kleid genähet oder gewebet, deßgleichen die Bänder, Schnüre, Treffen, welche darauf genähet werden, sind dem Herrn des Kleides. Heineccius (so wie Justinian §. 26. h. t.) sagt: *purpura* vesti nostrae intexta aut attexta; weil die Römer Purpurfäden in ihre Tücher webten, und die Kleider mit Purpurstreifen besetzten. 4) Wenn ein Gebäude aufgeführt wird, so ist der Boden das principale, die Materialien sind das accessorium. Das Gebäude gehört also dem Eigenthümer des Bodens; es mag nun einer auf seinen Boden mit fremden Materialien, oder mit eigenen Materialien auf ein fremdes Grundstück bauen. 5) Wenn jemand auf eines Andern Papier schreibt, so ist das Geschriebene dem Herrn des Papiers; denn die Römer sehen das Papier als die Principalsache an. 6) Bey den Gemälden waren die Juristen zweifelhaft, ob sie die Materie oder die Mahlerey für das principale halten sollten. Justinian entschied den Streit dahin, die Mahlerey solle das principale seyn. Denn es wäre unvernünftig, sagt er, wenn man das Gemählde eines Apelles oder Parrhasius dem Eigenthümer eines elenden Holzes zusprechen wollte. Andere führen als den Grund an, durch das Mahlen geschehe eine Art von Specification (*1). Aus gleichen Gründen behaupten denn auch manche Juristen, daß heutiges tages die Schrift principale, und das Papier accessorium sey, da das Linnenpapier in weit geringerem Werth ist, als das Aegyptische Papier bey den Römern war (*2). Ich zweifle aber, ob diese Behauptung Grund habe; denn Justinian sagt ja: literae quoque, *licet aureae sint*, chartis cedunt. Auch der Purpur kann mehr werth seyn, als das Tuch, und das Gebäude mehr als der Boden. Dessenungeachtet sagt das Gesetz: purpura cedit vestimento, aedificium solo. Uebrigens glaube ich mit Balduin und Broeus (*3), daß der Schreibende, wenn er ein besonderes Interesse hat, die Schrift zu besitzen, sie durch actionem in factum fordern könne.

(1) *Heinecc.* ad Vinn. § 34. h. t. Ausführlich handelt von dieser Materie: *Io. Christoph Rudolph* diss. de accessione picturae, (Erl. 1756.) §. 21. sqq.

(2) *Beyer* in posit. ad l. h. t. §. 133. *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de adq. rer. dom. § 106.

(3) *Balduin* et *Broeus* ad §. 33 h. t. Der Commentar von Broeus ist unter dem Titel expositiones institutionum zu Paris 1622. 4. herausgekommen, und in Deutschland ziemlich selten. Ludewigs Urtheil (vit. *Iustinian.* pag. 48.) omnia fere singularia sunt, quae ille habet, ist völlig ungegründet, und wer des Vinnius Commentar besitzt, hat nicht Ursache, um jenen verlegen zu seyn. Ein Verleger würde gewiß schlecht fahren, der, wie einigemal im Werk war, das Broeische Buch wieder auflegen wollte.

§. 320. Vom Bauen.

Von der Accession, welche bey dem Bauen geschehen kann, ist noch verschiedenes zu bemerken: 1) Wenn ich eines Andern *tignum*, das heißt, seine Baumaterialien, Holz, Stein, Eisen, Ziegel zu einem Gebäude nehme, das auf meinem Grund und Boden aufgeführt wird: so kann der Eigenthümer nach der Verordnung der Zwölftafelgesetze die Materialien nicht vindiciren(*1); er kann mich aber belangen, daß ich ihm den doppelten Werth seiner Materialien erlegen muß. Wenn das Gebäude nicht mehr steht, sondern wieder zusammengefallen, oder abgerissen ist: so kann der Eigenthümer der Materialien sie durch die Vindicationsklage, oder actionem ad exhibendum zurückfordern. Da in Deutschland die Klagen auf das Doppelte wegfallen (§. 1127.), so ist der Eigenthümer der Baumaterialien auch nur befugt, auf den einfachen Werth zu klagen (*2).

Von den mancherley Fragen, die in dieser Materie noch aufgeworfen werden, will ich nur drey anführen: a) kann der Eigenthümer der Materialien auch in dem Falle das duplum verlangen, wenn der Bauende in bona fide ist? Viele Juristen läugnen es, und behaupten, daß dieser nur den einfachen Werth bezahle. Der Billigkeit ist diese Meynung auch gemäß. Allein die Römischen Gesetze bestätigen doch das Gegentheil zu deutlich, wie Westenberg (*2) zeigt. b) Wenn der Bauende die Materialien ausnehmen, und dem Eigenthümer in Natur zurückgeben will, ist er dazu befugt? Nach der richtigern Meynung allerdings (*3). c) Wenn der Eigenthümer des tigni den doppelten Werth erhalten hat, kann er die Materialien dessenungeachtet im Falle, daß das Gebäude nicht mehr steht, noch in Natur vindiciren? Wofern der Bauende in mala fide war, so geht dieß an; sonst aber nicht (*4).

2) Baue ich mit eigenen Materialien auf einen fremden Grund: so fällt zwar das Gebäude dem Eigenthümer des Bodens zu. Allein die Frage ist: kann ich nicht den Werth meiner Materialien und die Baukosten fordern?

Man distinguire: entweder habe ich *bona fide* gebauet, nicht gewußt nemlich, daß der Boden einem Andern gehört, oder *mala fide*. Im letzten Falle kann ich den Werth der Materialien und die Baukosten nicht repetiren; ja sogar die Materialien selbst, wenn das Gebäude wieder umgerissen wird, oder einfällt, nicht vindiciren. Im ersten Falle bin ich entweder im Besitz des Hauses, oder nicht. So lang ich im Besitze bin, habe ich das Retentionsrecht; das heißt, ich bin nicht schuldig, das Gebäude abzutreten, ehe mir die Baukosten ersetzt sind. Wenn ich hingegen das Gebäude nicht besitze: so stehet mir nach der richtigern Meynung keine Klage zu; die Baukosten sind also verlohren (*5).

In der Anmerkung heißt es: heutigestages, wo man mehr auf die Billigkeit, als auf das subtile und strenge Recht siehet, kann der bona fide Bauende, wenn er auch nicht im Besitz des Gebäudes wäre, doch die Baukosten durch die actionem in factum (*6) repetiren. Ja Einige (*7) gestatten diese Klage sogar dem, der mala fide gebauet hat, auf soviel, als der Herr des Bodens durch das Gebäude bereichert worden ist, oder erlauben ihm wenigstens, es wegzunehmen (*8).

(1) Die Ursache führet Ulpian L. 1. pr. D. de tign. iunct. an. Lex duodecim tabularum, sagt er, neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineae iunctum, neque vindicare. Quod providenter lex effecit, *ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur, vel vinearum cultura turbetur;* sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem.

(a) *Struv.* Ex. 48. th. 31. *Thomasii* diss. de non usu act. poenal. cap. 3. §. 43. Anderer Meynung sind *Stryk* us. mod. tit. de tign. iunct. und mehrere.

(2) De causis obligat. diss. 6. cap. 2. et 3.

(3) *Ever. Balck.* elect. iur. civ: lib. 2. cap. 14. *Westenberg* cap. 2. §. 10. sqq.

(4) *Westenberg* cap. 2. §. 2 3. 4 5. 6. *Huber.* h. t. §. 39.

(5) *Faber* de error. pragmat. tom. 2. dec. 26. error. 8. et 9. p. m. 40. *Vinn.* in quaest. sel. libr. 1. cap. 24.

(6) *Schilter* Ex. 16 th. 57. Doch wollen einige, als *Reinold* diss. ad tit. D. de A. R. D. cap. 4. in opusc. p. 463. diese Klage nicht zulassen.

(7) *Lauterbach* colleg. tit. de A. R. D. §. 102. *Struv.* Ex. 41. th. 47.

(8) Ausführlicher handelt von dieser ganzen Materie *Müller* ad *Leyser* obs. 710.

§ 321. 322. Von der Specification.

Die zweyte Gattung der künstlichen Accession ist die *specificatio*. Es fragt sich dabey: erstlich, was ist die Specification? zweytens: in wie weit ist sie ein Erwerbungsmittel? Die Specification ist die Handlung, wodurch Jemand einer Materie eine neue Form giebt, und einen neuen Körper hervorbringt, welcher von dem vorigen dem Geschlecht und Namen nach verschieden ist. Z. E. wenn man aus Mehl Brod bäckt; aus den Trauben Wein keltert; aus der Milch Butter; aus einem unförmlichen Stück Metall ein Instrument macht; einem formirten Metall eine andere Gestalt giebt; z. E. aus einem

silbernen Teller Löffel macht: so geschiehet eine Specification. Denn aus dem Mehl wird ein Körper producirt, welcher zu einer andern Classe von Dingen gehört, und einen andern Namen führt. Eben so ist es in den übrigen Beyspielen.

Wann ist aber diese Handlung ein Erwerbungsmittel? Man unterscheide, wie die 16. Tabelle zeigt, folgende Fälle: 1) wenn ich einer eigenen Materie eine neue Form gebe, z. E. aus Trauben, welche mein sind, Wein keltere: so ist zwar der neue Körper, der Wein, mein; aber nicht wegen der Specification, sondern weil die Materie, die Trauben, mein waren. Die Specification ist also kein Erwerbungsmittel. Eben so wenig ist sie dieß 2) alsdann, wenn Jemand meine Materie auf mein Verlangen, und für mich, anders formiret, z. E. wenn der Goldschmidt aus dem Gold, das ich ihm gebe, für mich einen Ring macht. Auch 3) wenn ein Eigenthümer die Materie, und ein anderer die Form giebt, in der Absicht, daß der neue Körper gemeinschaftlich seyn soll: so ist die Specification kein Erwerbungsmittel; z. E. der Eine macht weißes Kupfer, der Andere verarbeitet es; die Waaren werden verkauft, und der Erlös getheilt. Denn der Grund der Gemeinschaft liegt in dem Vertrag, und der darauf erfolgten Tradition. 4) Wenn ich aber aus einer fremden Materie ohne des Eigenthümers Wissen und Willen einen neuen Körper mache, oder machen lasse, z. E. aus gestohlenen Brettern einen Tisch, aus gestohlenem Silber einen Teller machen lasse; alsdann ist der Fall vorhanden, wo die Specification ein Erwerbungsmittel werden kann.

Die alten Juristen stritten zwar darüber. Denn die Sabinianer behaupteten, der neue Körper sey dem Herrn der Materie, nicht dem Specificanten. Sie hielten also die Specification für keinen modum adquirendi. Die Proculejaner hingegen sprachen den neuen Körper ohne Unterschied dem Specificanten zu; folglich war nach ihren Begriffen die Specification immer eine Erwerbungsart. **Justinian** entschied diesen Streit durch einige Distinctionen, welche auch schon **Cajus**, **Ulpian** und **Paullus**, wenigstens zum Theil angenommen hatten. Er verordnete folgendes: a) wenn ich den neuen Körper aus **meiner und einer fremden Materie zugleich** formire, so ist er mein. Hier ist also die Specification ein modus adquirendi. Wenn ich z. E. gestohlnes Metall verkaufe, und es seine Form behält: so kann es der Eigenthümer vindiciren. Lasse ich aber dieses Metall mit meinem eigenen zusammenschmelzen, und daraus ein Gefäß machen: so fällt die Vindication weg; ich habe also durch die Specification das Eigenthum erworben (*[1]). b) Formire ich ihn aus einer **fremden Materie allein**, und die Beschaffenheit der Materie erlaubt nicht, dem Körper seine vorige Gestalt wieder zu geben: so ist er ebenfalls mein. Z. E. wenn ich gestohlne Wolle spinnen und Tuch davon weben

lasse. Läge die gestohlne Wolle noch unverarbeitet da, so würde sie der Eigenthümer zu vindiciren befugt seyn. Dieß kann er nicht, sobald sie verarbeitet (specificirt) ist. Die Specification ist also ein modus adquirendi. Eben so ist es, wenn ich mir aus gestohlenem Tuch ein Kleid machen lasse. c) Wenn ich aus fremden Materien einen neuen Körper mache, und es möglich ist, ihm seine vorige Gestalt wieder zu geben: so acquirire ich ihn nicht; die Specification ist also kein Erwerbungsmittel. Z. E. ich lasse aus einer gestohlnen zinnernen Schüssel eine Kanne gießen. Denn man kann aus der Kanne wieder die Schüssel machen. Hier kann also der Eigenthümer der Schüssel die Kanne vindiciren. Der Grund dieser Entscheidung ist freylich nicht der befriedigendste. Justinian sagt: wenn der neue Körper seine vorige Gestalt wieder bekommen kann, so ist die Materie stärker, als die Form, und daher der Körper billig dem Eigenthümer der Materie zuzusprechen. Läßt sich hingegen der Körper nicht wieder in seine vorige Gestalt bringen: so ist dieß ein Beweis, daß die Form stärker, als die Materie ist; und daher muß man den Körper dem Specificanten zueignen.

Uebrigens glaube man nicht, daß der Eigenthümer der Materie sein Eigenthum schlechterdings verliere, und in keinem Falle etwas dafür bekomme. Nein, er kann zuweilen von dem Specificanten den Werth verlangen; wenn nemlich der Specificant in mala fide ist, oder die Materie umsonst bekommen hat; kurz, man muß in Ansehung dieses Punctes distinguiren, wie im 316. §. gezeigt ist.

Noch einige Fragen sind in dieser Materie zu bemerken. Die erste: Muß der Specificant in bona fide seyn, wenn er den neuen Körper acquiriren will? Dieß glauben Verschiedene (*2); es läßt sich aber aus den Gesetzen nicht erweisen, wie Bachov (*3) und Voet (*4) zeigen. Die zweyte: Gelten Justinians Entscheidungen auch in unsrer Praxis? Einige Juristen längnen dieß, und substituiren andere Distinctionen (*5). Allein Stryk am a. O. bezeugt, daß Justinians Verordnungen in den Deutschen Gerichten angenommen seyen.

(1) Ich halte dieß wenigstens für die richtigste Meynung mit *Elen.* diatr. lib. 2. cap. 2. thesaur. *Otton.* Tom. 2. p. 1419. *Bachov.* ad §. 25. I. h. t. und *Walch* controvers. pag. 128. edit. III. Andere z. E. *Vinnius* ad h. §. *Voet.* ad P. tit. de adquir. rer. dom. n. 21. behaupten, daß in diesem Falle eben das gelte, was Rechtens ist, wenn ich einen neuen Körper aus einer ganz fremden Materie formire, und daß man also auch hier distinguiren müsse, ob der neue Körper wieder in seine vorige Gestalt gebracht werden könne, oder nicht. Allein Justinian redet im §. 23. I. h. t. von diesem Fall ohne Distinction. S. auch *Harmenopul.* lib. 2. tit. 1 §. 22. sqq. pag. 129. edit. *Gothofr.* pag. 106. apud *Meermann.* Tom. VIII. thesaur.

(2) *Vinn.* ad §. 25. I. h. t. *Stryk.* in us. mod. h. t. §. 24. *Cocceii* iur. contr. tit. de adquir. rer dom. quaest. 21. *Walch.* controv. p. 109.
(3) *Bachov.* ad §. 25. h. t.
(4) *Voet.* ad Pand. l. c. S. auch *Harmenopul.* l. c.
(5) Man sehe *Otto* ad §. 25. h. t.

§. 323. Von der Vermischung.

Die dritte Gattung der künstlichen Accession ist die *commixtio*, die Vermischung der Körper. Sie ist entweder Commixtion im strengen Verstande, wenn trockene Körper durcheinander gemischt werden, z. E. wenn Viehheerden zusammen laufen, Fruchtkörner, Goldstücke vermischt werden; oder Confusion, wenn man flüssige oder geschmolzene Materien zusammengießt. Bey der Commixtion bleiben die Körper von einander abgesondert, so, daß man einen vom andern unterscheiden kann; bey der Confusion fließen sie zusammen, und können (wenigstens in den meisten Fällen) nicht mehr distinguirt werden.

§. 324. Fortsetzung.

Wann ist aber die Vermischung ein modus adquirendi? Die commixtio ist dieß, wie Justinian wenigstens behauptet, niemals; die confusio zuweilen. S. die 17. und 18. Tabelle.

Bey der Confusion nemlich unterscheide man folgende Fälle: 1) wenn die Vermischung mit Einwilligung derer geschieht, welchen die vermischten Körper gehören: so ist die Masse gemeinschaftlich. Z. E. ich habe einen fetten süßen, ein anderer einen feurigen sauren Wein, und wir machen aus, diese Weine zu vermischen, und das Gemische zu theilen. Allein der Grund dieser Gemeinschaft liegt nicht in der Vermischung, sondern in dem Vertrag der Interessenten, und der darauf erfolgten Uebergabe. Die Vermischung ist also keine Erwerbungsart. 2) Wenn meine Sachen mit des Andern Sachen ohne beyderseitige Einwilligung vermischt werden, die Sachen sich aber wieder separiren lassen; z. E. mein Silber wird mit des Andern Bley vermischt: so kann jeder von uns die Separation verlangen, und alsdann seine Sachen vindiciren, die Confusion ist also kein Erwerbungsmittel; oder, eigentlicher zu reden, man erwirbt dadurch kein unwiderrufliches Eigenthum. 3) Wenn ohne die Einwilligung beyder Interessenten flüssige oder geschmolzene Massen so vermischt werden, daß die Separation unmöglich ist: so ist die Vermischung entweder durch einen Zufall geschehen (z. E. mein Wein wird durch ein Versehen unter des Andern Wein gefüllt); oder von einem der Interessenten veranstaltet worden. Ist das erste: so ist das Gemische gemeinschaftlich, und die Confusion eine Erwerbungsart. Bey der Theilung wird auf die Qualität und Quantität der vermischten Massen gesehen. Wenn z. E. von

meinem Wein 1 Ohm, von des Andern seinem 2 Ohm zusammengemischt worden sind, meine eine Ohm aber so viel werth war, als des Andern seine zwey, so bekommt jeder 1½ Ohm von dem gemischten Weine. 4) Wenn ich aber mit Vorsatz meine Materie mit des Andern Materie ohne des Letzten Einwilligung vermische: so habe ich entweder einen gerechten Titel, oder nicht. Habe ich einen Titel, z. E. ich kaufe Wein, der einem gestohlen ist, und mische ihn unter den meinigen: so acquirire ich die fremde Sache durch die Vermischung (*[1]). 5) Wenn ich hingegen keinen Titel habe: so sind die Sachen entweder von einerley Art, z. E. ich stehle Wein, und mische ihn unter den meinigen; oder von verschiedener Art. Im ersten Falle ist das Gemische gemeinschaftlich. Die Confusion ist also eine Erwerbungsart, und die Theilung geschieht wie vorhin (Num. 4.). Leidet der Andere durch die Mischung Schaden, so muß ich ihm diesen ersetzen. Sind hingegen 6) die Sachen von verschiedener Art, z. E. ich mische Citronensaft, der mein ist, und Arak, der einem Andern gehört, zusammen: so ist das Gemische dem, der es gemacht hat; weil jetzt zugleich eine Art von Specification geschehen ist. Die Confusion ist also auch in diesem Falle ein modus adquirendi.

Soviel von der Confusion. Was die Commixtion betrifft, bemerke man: 1) wenn Körper, die verschiedenen Herren gehören, mit beyder Einwilligung vermischt werden, so ist die Masse gemeinschaftlich; aber wegen des Vertrages und der darauf erfolgten Uebergabe, nicht wegen der Vermischung. Die Commixtion ist in diesem Falle so wenig eine Erwerbungsart als die Confusion. 2) Geschieht die Commixtion ohne diese Einwilligung, und die Körper lassen sich wieder separiren, indem jeder Eigenthümer die ihm zugehörigen Körper erkennen, zeigen, von den andern unterscheiden kann, z. E. meine Schaafe laufen unter eine fremde Heerde, sind aber gezeichnet; meine Erbsen gerathen unter des andern Hirsen; so vindiciret jeder Eigenthümer das Seinige; und die Vermischung ist auch hier kein Erwerbungsmittel. Ist aber 3) die Separation nicht möglich, und ich habe einen Titel (z. E. jemand findet Geld und bezahlt damit, was er mir schuldig war, ich mische dieses Geld unter das meinige), so werde ich Eigenthümer; die Vermischung ist also ein modus adquirendi (*[2]). 4) Wenn ich hingegen keinen Titel habe (z. E. bey dem Spiel fällt der Tisch um, und die Gelder der Spielenden werden vermischt, mein Brennholz und des Andern seines werden durch Zufall durcheinander geworfen): so ist die Masse gemeinschäftlich, und jeder nimmt der Zahl, oder nachdem die Sache ist, dem Maaß nach soviel, als ihm gehört. Die Commixtion ist also auch hier wirklich eine Erwerbungsart, ob es gleich Justinian (*[3]) läugnet.

(1) L.

(1) L. 78. D. de solut. *Alciat.* ad L. 15. D. de reb. cred. Opp. (Basil. 1582.) tom. 1. p. 333. n. 24. *Fachin.* controv. lib. 11. cap. 51.
(2) L. 78. cit.
(3) § 28. I. h. t. Sein Grund ist, quia singula corpora in sua substantia durant. Was folgt aber daraus? *Thomasius* ad *Strauch* diss. 6. thes. 53. *Leyser* sp. 449. med. 1.

§. 325. Von der vermischten Accession.

Wir haben nun die natürliche und künstliche Accessionen kennen gelernt. Noch ist die gemischte zu betrachten übrig. Kräfte der Natur und Bemühung des Menschen wirken bey ihr zusammen, und sie hat zwey Gattungen, das Säen und das Pflanzen.

§. 326. Grundsätze derselben.

Der Grundsatz bey diesen Accessionen ist: was auf einen Boden gesäet oder gepflanzt wird, ist accessorium des Bodens; der Boden ist das principale. Das Gesäete und Gepflanzte gehört demnach dem Herrn des Bodens.

§. 327. Folgen daraus.

Wenn ich also 1) mein Getreide auf eines Andern Grund säe (etwa aus einem Versehen, so acquirirt er das Getreide; und wenn ich des Andern Saamenkörner, die ihm z. E. gestohlen, und mir verkauft worden sind, auf meinen eigenen Boden aussäe: so gehören sie mein. Allein kann ich im ersten Falle die Saatkosten ersetzt verlangen, das heißt, muß mir der Eigenthümer des Bodens den Betrag des Saamens, den Säelohn, den Eggelohn und alle andere Kosten bezahlen? Und kann im zweyten Falle der Eigenthümer des Saamens dessen Werth von mir fordern? Diese Fragen sind nach den im 315. und 316. §. vorgetragenen Distinctionen zu entscheiden.

2) Wenn die Pflanze des Einen auf den Boden des Andern gesetzt wird, so gehört sie dem Eigenthümer des Bodens, sobald sie Wurzel schlägt; ehe dieß geschehen ist, kann sie vindiciret werden. Gesetzt also, mir werden Bäume gestohlen, und einem Andern verkauft, er setzt sie in seinen Garten. Sobald sie Wurzel geschlagen haben, welches daraus zu beurtheilen ist, wenn sie Augen treiben, ist er Eigenthümer derselben. Oder gesetzt, ich pflanze Bäume aus Irrthum auf einen fremden Acker. Auch hier kommt es darauf an, ob sie schon eingewurzelt sind, oder nicht. Im letzten Falle kann ich sie vindiciren, im ersten habe ich nur utilem rei vindicationem, um den Werth zu erhalten (*1).

3) Von den Bäumen, die an den Grenzen eines Grundstückes stehen, ist Folgendes zu bemerken: a) Steht ein Baum gerade auf der Grenze (in confinio), so ist er gemeinschaftlich (*2). b) Wenn er aber nahe an der Grenze steht, so gehört er dem, auf dessen Grundstück er herauswächst (in

cuius fundo originem habet) (*3). c) Schadet ein solcher an der Grenze stehende Baum meinem Gebäude, so kann ich verlangen, daß ihn der Nachbar ganz abhaue (*4); thut er hingegen meinem Grundstücke (praedio rustico) Garten, Acker rc. Schaden, so muß der Nachbar die Aeste, 15 Fuß von der Erde an, abhauen. Die Aeste, welche höher als 15 Fuß von dem Boden entfernet sind, muß ich über meinem Grundstücke leiden. Ich muß sogar erlauben, daß der Nachbar die Früchte, welche auf mein Grundstück fallen, auflieſt (*5), und wenn ich es nicht leiden will, stellt er eine Klage gegen mich an, welche interdictum de glande legenda heißt.

(1) So ist, wie ich glaube, Ulpian in der L. 5. §. 3. D. de rei vind. zu verstehen, s. *Voorda* interpret. pag. 158. edit. sec.

(2) §. 31. I. h. tit. L. 7. §. ult. de A. R. D. L. 19. pr. commun. div. L. 83. pro soc. Confinium kann die Linie heißen, welche zwey Grundstücke scheidet, aber auch der Rain zwischen denselben. Er war bey den Römern gewöhnlich 3–6 Fuß breit, und konnte nach den zwölf Tafelgesetzen nicht usucapirt werden.

(3) L. 6. §. 2. D. arb. furt. caes. Ich glaube also nicht mehr mit unserm Autor (in den vorigen Ausgaben des Buchs) und Andern, daß man das Eigenthum eines Baumes, der an der Grenze steht, aus der Wurzel beurtheilt habe. Man hätte ja nach dieser Meynung, um das Eigenthum eines Baumes zu erforschen, jedesmal erst den Wurzeln in der Erde nachspüren müssen, eine nicht nur mühsame, sondern auch dem Baum schädliche Operation; und wie wollte man bestimmen, wie viel Wurzeln in meinem, wie viel in des Nachbarn Grundstücke wären, wie viel Antheil also jeder am Eigenthum hätte? Wahr ist es, im §. 31. I. h. t. heißt es: adeo autem ex eo tempore, quo radices egit planta, proprietas eius commutatur, ut si vicini arbor *ita terram Titii presserit*, ut in eius fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus; ratio enim non permittit, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cuius in fundum radices egisset. Allein diese Worte sind von Cajus, aus der L. 7. §. ult. de A. R. D. erborgt, und die Verfasser der Institutionen haben den Cajus nicht verstanden. Er sagt: quodsi vicini arborem *ita terra presserim* (ich habe einen Ast herüber gezogen, und einen Einleger davon gemacht), ut in meum fundum radices egerit, meam effici arborem, rationem enim non permittere, ut alterius arbor intelligatur, quam in cuius fundo radices egisset. *D'Arnaud* var. coniect. lib. 1. cap. 1. et 2. hat diese Materie sehr ausführlich abgehandelt, und muß vor allen andern nachgelesen werden. Was *Schroeder* in observat. iur. civ. lib. 1. cap. 5. dagegen geschrieben hat, scheint mir nicht hinlänglich, die gemeine Lehre aufrecht zu erhalten.

(4) L. 1. D. de arbor. caedend.

(5) L. 1. D. de gland. leg.

§. 308. Deutsches Recht.

Der heutige Gerichtsbrauch nimmt die bisher vorgetragenen Sätze nicht alle an. 1) Wenn des Nachbars Baum meinem Gebäude schadet, so muß er ihn nicht gerade ganz abhauen, sondern nur in so weit, als er mir schädlich ist. 2) Alle Aeste, die auf mein Grundstück herüber ragen, müssen auf mein Ver-



langen weggenommen werden. Z. E. wenn der Garten c b dem X, und der Garten b d dem Y gehört: so muß Y, wenn X es verlangt, alle Aeste wegnehmen, welche durch die auf der Grenze stehende Perpendicularlinie a b gehen, nicht bloß die, welche niedriger als 15 Fuß hängen. 3) Leidet X die Aeste über seinem Grundstücke, so kann er die Früchte davon, oder den Ueberfall, wie man es nennt, verlangen (*1). Doch wird an einigen Orten der Ueberfall zwischen den Nachbarn getheilt.

(1) *Stryk* us. mod. tit. de adquir. rer. dom. §. 28. et ad tit. de arbor. caed. *Hahn* ad *Wesenbec.* tit. de glande legenda. *Koch* de iure viciniae p. 529.

§. 329. 330. Von dem Genuß der Früchte.

Ein dritter wichtiger modus adquirendi ist der Genuß der Früchte, fructuum perceptio. Wir müssen vor allen Dingen überlegen, was Früchte sind, und daher zuvor den allgemeinen Begriff der causae kennen lernen. S. die 19. Tabelle (*1).

Causa heißt bey den Römischen Juristen alles, was mit einer Sache in einigem Zusammenhang steht, und dieß ist entweder in der Sache oder ausser ihr. Im ersten Falle heißt es causa interna, im letzten causa externa. Zu der causa interna gehören a) die Gerechtigkeiten, welche einer Sache zustehen, Jagdgerechtigkeit, Jurisdiction u. s. w. b) Die physischen Eigenschaften, z. E. Fruchtbarkeit oder Unfruchtbarkeit, gesunde oder ungesunde Lage eines Gutes, guter oder baufälliger Zustand eines Hauses, Alter oder Jugend eines Pferdes, u. s. w. Die äusserliche causa heißt auch *accessio*, und ist entweder *fructus* oder *accessio stricte dicta*. Fructus nemlich heißen solche Accessionen, die den Grund ihrer Existenz in der Sache haben, accessiones stricte dictae hingegen, die ihn nicht darin haben; z. E. das Gras, das auf der Wiese wächst, ist fructus, denn es gehört zu der Wiese, hat einen Zusammenhang damit; und in der Wiese liegt der Grund seiner Existenz. Hingegen die Tapeten sind accessoria stricte sic dicta von der Stube. Denn sie gehören zur Stube, haben aber den Grund ihres Daseyns nicht in der Stube.

Die Früchte werden auf mancherley Art abgetheilt: a) in ordentliche und

ausserordentliche. Ordentliche heißen die, um deren willen man eine Sache anzuschaffen pflegt. Z. E. einen Acker kauft man um des Getreides, eine Wiese um des Grases, ein Baumstück um des Obstes willen. Also Getreide, Gras und Obst sind ordentliche Früchte. Hingegen kauft man einen Wald nicht, um Trüffeln oder Schwämme darin zu finden. Diese Dinge nennt man also fructus extraordinarios. Man rechnet auch die Schätze hieher; allein diese sind gar keine fructus, weil der Grund ihrer Existenz nicht im Boden liegt. b) Die fructus sind entweder civiles oder naturales, diese entweder naturales stricte oder industriales. Nemlich wenn die Existenz der Früchte einen physischen Grund in der Sache hat, oder wie Andere sagen, si fructus ex re nascuntur, so heißen sie naturales; ist der Grund aber moralisch, oder wie es Andere ausdrücken, si occasione rei percipiuntur, so heißen sie civiles fructus. Zu den ersten gehört z. E. Getreide, Gras, Obst; zu den letzten z. E. Zinsen von einem Capital; Miethgeld, das man aus einem Hause zieht; der emphyteutische Canon (§. 901.) u. s. w. Die natürlichen Früchte kommen entweder ohne Cultur durch die bloße Wirkung der Natur hervor, oder sie müssen gesäet, gepflanzt, gepflegt werden. Jene heißen naturales stricte, z. E. Gras, Eicheln, wildes Obst rc.; diese industriales, z. E. Getreide, veredeltes Obst, Gartenfrüchte u. s. w. Endlich c) sind die Früchte entweder pendentes, oder percepti, oder percipiendi. Percipiendi heißen die, welche nicht wirklich gezogen worden sind, aber doch hätten gezogen werden können, wenn der Besitzer der Sache gewollt, und die gehörigen Mittel angewendet hätte (§. 332.). Pendentes die, welche noch mit der Sache, auf der sie wachsen, verbunden sind, z. E. das Obst, wenn es noch an den Bäumen hängt; das Getreide, wenn es noch nicht abgeschnitten; das Gras, wenn es noch nicht gemähet ist. Sobald die Früchte aber von der Sache, wo sie wachsen, zum Zweck der Nutzung separirt sind, heißen sie percepti (*2).

Dieses vorausgesetzt, wird es leicht seyn, den Begriff der fructuum perceptionis zu verstehen. Wenn ich nemlich eine Sache als Eigenthümer, als Usufructuar, als Miethsmann, als antichretischer Gläubiger, oder als bonae fidei possessor besitze: so habe ich ein Recht auf die Früchte, welche die Sache hervorbringt. Was ein Eigenthümer ist, wissen wir (M. s. §. 287.). Er zieht die Früchte von einer Sache, wie Julian (*3) sagt, *iure soli*; sobald sie entstehen, vorhanden sind, gehören sie ihm, iure accessionis, d. i. bloß als Zuwachs oder Theil der Principalsache. Usufructuar ist einer, der ein dingliches Recht auf eine fremde Sache hat, vermöge dessen er alle Früchte davon genießt (M. s. den 271. §.). Diese Früchte aber sind nicht eher sein eigen, als bis er sie geerndtet hat, *si ipse eos perceperit* (*4). Daß der Pachter eines Gartens, Ackers, einer Wiese u. s. w. die Früchte von der

gepachteten Sache zieht, ist bekannt, und wird unten (§. 927. u. s. f.) vorkommen. Wenn ich einem eine fruchtbringende Sache zum Unterpfand gebe, und ihm die Früchte statt der Zinsen überlasse: so heißt er ein antichretischer Gläubiger. Auch diese beyden, der Pachter und der antichretische Gläubiger erlangen erst durch die Perception der Früchte das Eigenthum davon (* 5). Endlich hat auch der bonae fidei possessor ein gewisses Recht auf die Früchte.

(1) *Wolffradt* diss. sub praesid. *G. L Boehmeri*, sistens theoriam generalem de adquisitione fructuum (Goett. 1783.) sect. 1.

(2) Unsere Classiker machen hier einen Unterschied zwischen fructibus *separatis* und *perceptis*. Wenn die Früchte sich selbst absondern, z. E. das reife Obst abfällt; wenn sie durch eine äußere Ursache abgesondert werden, z. E. der Sturm wirft die Bäume um; wenn ein Dritter, ohne Wissen und Willen des Gutsbesitzers, z. B. ein Dieb, sie absondert, so sind sie separati, aber nicht percepti. L. 25. §. 1. de usur. L. 48. pr. de A. R. D.

(3) L. 25. pr. D. de usur.

(4) §. 36. I. h. t. L. 13. in fine D. *Quib. mod. ususfr. vel usus amitt.*

(5) §. cit. ibique *Vinn.* — Hieraus erklärt sich auch L. 60. §. 5 D. locati conducti. Wenn nämlich fructus pendentes eines verpachteten Guts gestohlen werden, so steht eigentlich dem Verpachter condictio furtiva zu. Er muß aber freylich den Erfolg dieser Klage dem Pachter zu Gute kommen lassen. *Cannegieter* observat. iur. Rom II 3. Westphal Lehre d. gem. Rechts v. Kauf, Pacht rc. § 930. Ueberhaupt gehören fructus, bloß als Zuwachs und Theil der Hauptsache betrachtet — iure accessionis — nur dem Eigenthümer, mit dessen Sache sie zusammenhängen, ipso iure zu. Bey den übrigen Besitzern, die nicht Eigenthümer sind, muß man untersuchen: a) das Recht die Früchte zu erwerben. Dieß kann ihnen zustehen, theils aus Vergünstigung des Eigenthümers durch Vertrag, z. B. dem Pachter rc., oder Testament; theils durch besondere Vorschrift der Gesetze z. B. dem redlichen Civilbesitzer u. a. m. (§ 376.) b) den wirklichen Erwerb der Früchte. Dieser setzt, da die Sache selbst nicht ihnen gehört, folglich auch der Zuwachs und Theil derselben als solcher nicht schon der ihrige ist, immer noch erst ein besonderes factum voraus; bey dem redlichen Civilbesitzer genügt factum quodlibet separationis (§. sequ.); bey den natürlichen Besitzern hingegen, dem Pachter, Usufructuar rc. wird factum perceptionis fructuum erfordert. *Waldeck* institut. iur. civ. §. 276 Neuerer Zeit ist die Sache noch gut entwickelt von *Ioh. Ger. Gmelin* (Praesid. patre Christ. Gmelin) Dissert. Fructuum perceptio modis adquirendi dominii vindicata, seu potius restituta, Tubing 1800 W.

§. 331. Insonderheit des bonae fidei Besitzers.

Wenn ich nemlich eine fremde Sache mit ununterbrochener bona fide und iusto titulo besitze, so werde ich in manchen Stücken als ein wirklicher Eigenthümer angesehen, d. i. ich habe verschiedene Rechte, die dem wahren Eigenthümer zustehen; unter andern auch dieses, daß ich mir unter gewissen Umständen die Früchte zueignen kann. Also man setzt voraus, daß ich a) eine fremde Sache besitze. Ich kaufe z. E. ein Landgut von einem, der für den

ausserordentliche. Ordentliche heißen die, um deren willen man eine Sache anzuschaffen pflegt. Z. E. einen Acker kauft man um des Getreides, eine Wiese um des Grases, ein Baumstück um des Obstes willen. Also Getreide, Gras und Obst sind ordentliche Früchte. Hingegen kauft man einen Wald nicht, um Trüffeln oder Schwämme darin zu finden. Diese Dinge nennt man also fructus extraordinarios. Man rechnet auch die Schätze hieher; allein diese sind gar keine fructus, weil der Grund ihrer Existenz nicht im Boden liegt. b) Die fructus sind entweder civiles oder naturales, diese entweder naturales stricte oder industriales. Nemlich wenn die Existenz der Früchte einen physischen Grund in der Sache hat, oder wie Andere sagen, si fructus ex re nascuntur, so heißen sie naturales; ist der Grund aber moralisch, oder wie es Andere ausdrücken, si occasione rei percipiuntur, so heißen sie civiles fructus. Zu den ersten gehört z. E. Getreide, Gras, Obst; zu den letzten z. E. Zinsen von einem Capital; Miethgeld, das man aus einem Hause zieht; der emphyteutische Canon (§. 901.) u. s. w. Die natürlichen Früchte kommen entweder ohne Cultur durch die bloße Wirkung der Natur hervor, oder sie müssen gesäet, gepflanzt, gepflegt werden. Jene heißen naturales stricte, z. E. Gras, Eicheln, wildes Obst rc.; diese industriales, z. E. Getreide, veredeltes Obst, Gartenfrüchte u. s. w. Endlich c) sind die Früchte entweder pendentes, oder percepti, oder percipiendi. Percipiendi heißen die, welche nicht wirklich gezogen worden sind, aber doch hätten gezogen werden können, wenn der Besitzer der Sache gewollt, und die gehörigen Mittel angewendet hätte (§. 352.). Pendentes die, welche noch mit der Sache, auf der sie wachsen, verbunden sind, z. E. das Obst, wenn es noch an den Bäumen hängt; das Getreide, wenn es noch nicht abgeschnitten; das Gras, wenn es noch nicht gemähet ist. Sobald die Früchte aber von der Sache, wo sie wachsen, zum Zweck der Nutzung separirt sind, heißen sie percepti (*[2]).

Dieses vorausgesetzt, wird es leicht seyn, den Begriff der fructuum perceptionis zu verstehen. Wenn ich nemlich eine Sache als Eigenthümer, als Usufructuar, als Miethsmann, als antichretischer Gläubiger, oder als bonae fidei possessor besitze: so habe ich ein Recht auf die Früchte, welche die Sache hervorbringt. Was ein Eigenthümer ist, wissen wir (M. s. §. 287.). Er zieht die Früchte von einer Sache, wie Julian (*[3]) sagt, *iure soli;* sobald sie entstehen, vorhanden sind, gehören sie ihm, iure accessionis, d. i. bloß als Zuwachs oder Theil der Principalsache. Usufructuar ist einer, der ein dingliches Recht auf eine fremde Sache hat, vermöge dessen er alle Früchte davon genießt (M. s. den 271. §.). Diese Früchte aber sind nicht eher sein eigen, als bis er sie geerndtet hat, *si ipse eos perceperit* (*[4]). Daß der Pachter eines Gartens, Ackers, einer Wiese u. s. w. die Früchte von der

gepachteten Sache zieht, ist bekannt, und wird unten (§. 927. u. s. f.) vorkommen. Wenn ich einem eine fruchtbringende Sache zum Unterpfand gebe, und ihm die Früchte statt der Zinsen überlasse: so heißt er ein antichretischer Gläubiger. Auch diese beyden, der Pachter und der antichretische Gläubiger erlangen erst durch die Perception der Früchte das Eigenthum davon (**). Endlich hat auch der bonae fidei possessor ein gewisses Recht auf die Früchte.

(1) *Wolffradt* diss. sub praesid. *G. L Boehmeri*, sistens theoriam generalem de adquisitione fructuum (Goett. 1783.) sect. 1.

(2) Unsere Classiker machen hier einen Unterschied zwischen fructibus *separatis* und *perceptis*. Wenn die Früchte sich selbst absondern, z. E. das reife Obst abfällt; wenn sie durch eine äußere Ursache abgesondert werden, z. E. der Sturm wirft die Bäume um; wenn ein Dritter, ohne Wissen und Willen des Gutsbesitzers, z. B. ein Dieb, sie absondert, so sind sie separati, aber nicht percepti. L. 25. §. 1. de usur. L. 48. pr. de A. R. D.

(3) L. 25. pr. D. de usur.

(4) §. 36. I. h. t. L. 13. in fine D. *Quib. mod. ususfr. vel usus amitt.*

(5) §. cit. ibique *Vinn.* — Hieraus erklärt sich auch L. 60. §. 5 D. locati conducti. Wenn nämlich fructus pendentes eines verpachteten Guts gestohlen werden, so steht eigentlich dem Verpachter condictio furtiva zu. Er muß aber freylich den Erfolg dieser Klage dem Pachter zu Gute kommen lassen. *Cammegieter* observat. iur. Rom II 3. Westphal Lehre d. gem. Rechts v. Kauf, Pacht rc. § 930. Ueberhaupt gehören fructus, bloß als Zuwachs und Theil der Hauptsache betrachtet — iure accessionis — nur dem Eigenthümer, mit dessen Sache sie zusammenhängen, ipso iure zu. Bey den übrigen Besitzern, die nicht Eigenthümer sind, muß man untersuchen: a) das Recht die Früchte zu erwerben. Dieß kann ihnen zustehen, theils aus Vergünstigung des Eigenthümers durch Vertrag, z. B. dem Pachter rc., oder Testament; theils durch besondere Vorschrift der Gesetze z. B. dem redlichen Civilbesitzer u. a. m. (§ 376.) b) den wirklichen Erwerb der Früchte. Dieser setzt, da die Sache selbst nicht ihnen gehört, folglich auch der Zuwachs und Theil derselben als solcher nicht schon der ihrige ist, immer noch erst ein besonderes factum voraus; bey dem redlichen Civilbesitzer genügt factum quodlibet separationis (§. sequ.); bey den natürlichen Besitzern hingegen, dem Pachter, Usufructuar rc. wird factum perceptionis fructuum erfordert. *Waldeck* institut. iur. civ. §. 276 Neuerer Zeit ist die Sache noch gut entwickelt von *Ioh. Ger. Gmelin* (Praesid. patre Christ. Gmelin) Dissert. Fructuum perceptio modis adquirendi dominii vindicata, seu potius restituta, Tubing 1800 W.

§. 331. Insonderheit des bonae fidei Besitzers.

Wenn ich nemlich eine fremde Sache mit ununterbrochener bona fide und iusto titulo besitze, so werde ich in manchen Stücken als ein wirklicher Eigenthümer angesehen, d. i. ich habe verschiedene Rechte, die dem wahren Eigenthümer zustehen; unter andern auch dieses, daß ich mir unter gewissen Umständen die Früchte zueignen kann. Also man setzt voraus, daß ich a) eine fremde Sache besitze. Ich kaufe z. E. ein Landgut von einem, der für den

nächsten Erben des verstorbenen Eigenthümers gehalten wird; nach einiger Zeit aber erscheint der nähere Erbe, nimmt jenem die Erbschaft, und mir das Landgut wieder weg. b) Ich besitze sie bona fide, ich weiß nicht anders, als daß sie mein sey. c) Die bona fides ist ununterbrochen. Denn ich will alle Jahre die Früchte genießen; folglich muß ich alle Jahre in bona fide seyn. d) Ich habe iustum titulum, das heißt, einen rechtlichen Grund, der es mir möglich gemacht hätte, Eigenthümer zu werden, wenn nur der, von welchem ich die Sache erhalten habe, befugt gewesen wäre, sie mir zu übertragen, z. E. in dem gegebenen Falle, wenn nur der Verkäufer der wahre Erbe gewesen wäre. Wenn ich unter diesen Umständen während meines Besitzes Früchte ziehe, so habe ich darauf, sobald sie durch irgend einen Vorgang von der Sache abgesondert sind — facto quolibet separationis — ein Recht; das Recht sie zu verzehren, zu veräussern und zu verjähren. Auch wenn sie verderben, zu Grunde gehen; so bin ich deswegen nicht verantwortlich (vergl. §. 333. Not. (*).)

§. 332. Fortsetzung.

Also 1) der redliche Besitzer hat kein Recht auf die Früchte, als bis sie von der fruchttragenden Sache abgesondert; z. E. bis das Obst von den Bäumen genommen, das Getreide abgeschnitten, das Gras gemähet ist. So lang, als die fructus noch nicht abgesondert (noch pendentes) sind, hat er keinen Anspruch darauf. Er kann sie nie iure *accessionis* erwerben, da ihm ja die Hauptsache nicht zugehört. Wenn der Eigenthümer seine Sache vindiciret, so nimmt er mit der Sache die pendenten Früchte weg. 2) Wenn die Früchte separiret, auch noch vorhanden sind, so sind sie entweder drey Jahre alt, oder nicht. Die drey Jahr alten Früchte behält der Besitzer; sie sind durch die Verjährung (§. 393.) unwiderruflich sein eigen geworden (*1); die noch nicht drey Jahre alten muß er dem Eigenthümer herausgeben (*2). Sind endlich 3) die Früchte nicht mehr vorhanden; sie sind entweder a) verlohren (*deperditi*), durch Zufall oder Schuld des Besitzers zu Grund gegangen, oder b) veräussert, z. B. verschenkt, verkauft, oder c) consumiret, verzehrt, verfüttert: so ist der redliche Besitzer, die Früchte mögen nun naturales oder industriales seyn, dem Eigenthümer desfalls nicht verantwortlich (*3).

(1) L. 4. §. 19. de usurpat. *Schulting* thes. controvers. dec. 18. th. 7.

(2) Ich bemerke noch: 1) der redliche Besitzer erhält ein Recht auf die Früchte durch die Separation; die Perception ist nicht erforderlich. L. 25. §. 1. de usur. L. 48. pr. D. de A. R. D. (§. 330 Note 2.). 2) Wenn der redliche Besitzer keinen gerechten Titel hat, so erwirbt er durch die Perception nur die Industrialfrüchte. L. 45. de usur. — Diese Einschränkung ist jedoch noch sehr bestritten. Westphal von d. Arten der Sachen rc. 946. u. das. angef. DD. denen

noch beyzufügen sind *Branchu* observat. ad ius Roman. I. 3. *Gmelin* cit. Dissert. §. 11. — 3) Ob gleich der Besitzer die Sache nicht usucapiren kann, weil sie z. B. einem Pupillen gehört, gestohlen oder geraubt ist ꝛc. (§. 400. 402.); so kann er doch die Früchte davon erwerben. cit. L. 48. de A. R. D.

(3) Die classischen Stellen in dieser Materie sind §. 35. I. h. t. §. 2. I. de off. ind. L. 22. L. 25. §. 11. D. de hered. petit. L. 62. §. 1. D. de rei vind. L. 4. §. 2. D. fin. reg. L. 25. §. 1. L. 45. D. de usur. L. 48. D. de A. R. D. L. 1. C. de petit. hered. (III. 31.) L. 17. L. 22. C. de rei vind. (III. 32.) L. 1. C. de fruct. et lit. expens. (VII. 51.) Ob ein jeder redlicher Besitzer durch die Litiscontestation zu einem unredlichen gemacht werde, davon unten (§. 987.) (vergl. auch §. sequ. Note *.)

§. 333. Fortsetzung.

Der unredliche Besitzer hingegen kann sich gar keine Früchte zueignen; er muß sogar die fructus percipiendos, d. i. alle die er oder der Eigenthümer hätte ziehen können, dem Eigenthümer vergüten. Indessen ist der Fall selten, daß diese Vergütung wirklich geschieht; der Beweis, daß der Besitzer mehr Früchte hätte ziehen können, ist oft schwer, und der Eigenthümer ist gewöhnlich sehr zufrieden, wenn er nur seine Sache mit den wirklich genossenen Früchten erhält (*).

Bis hieher habe ich die Lehre von der Erwerbung der Früchte so vorgetragen, wie ich sie den Gesetzen gemäß halte. Allein nicht alle Rechtsgelehrte nehmen die vorgetragenen Sätze an.

Ich habe nemlich 1) gesagt, der redliche Besitzer müsse die noch vorhandenen und nicht verjährten Früchte herausgeben, und dieser Meynung sind auch die unten (*1) angeführten Autoren. Andere hingegen behaupten, der bonae fidei possessor behalte die percipirten Früchte schlechterdings, auch wenn sie nicht consumirt oder verjährt seyen (*2), wenigstens die industriales (*3).

Ich habe ferner gesagt: wegen der consumirten Früchte sey der redliche Besitzer dem Eigenthümer keinen Ersatz schuldig. Auch dieses ist nicht ausgemacht. Denn nicht wenige Rechtsgelehrte (*4) glauben, der bonae fidei possessor müsse die consumirten Früchte ersetzen, wenn er reicher dadurch geworden sey; das ist a) wenn er sie veräußert hat und den Werth noch besitzt; b) wenn er sie verzehrt, und deßwegen von seinem eigenen Vermögen weniger ausgegeben, mithin etwas erspart hat. Z. E. er hat von dem Landgut, das er bona fide besaß, für 100 Thlr. Getreide gezogen, und in seiner Haushaltung verbraucht; hätte er das Gut nicht gehabt, so würde er für diese Summe haben Getreide kaufen müssen. Die Summe ist also wegen dem Genuß der Früchte erspart; der Besitzer ist um 100 Thlr. reicher (locupletior est ex fructibus perceptis). Die gemeine Meynung aber, daß der redliche Besitzer

die consumirten Früchte nicht ersetzt, wenn er gleich reicher dadurch ist, vertheidigen die meisten und angesehensten Juristen (*[5]).

Weiter 3) habe ich behauptet, der redliche Besitzer bekomme nicht nur die fructus industriales, sondern auch die naturales. Dieß ziehen Bachov, Huber (*[6]), und Andere in Zweifel, wenigstens alsdann, wenn der Besitzer die Sache titulo lucrativo gehabt habe (*[7]), weil es im §. 35. I. h. t. heißt: der redliche Besitzer erhalte die Früchte *pro cultura et cura.* Allein dieß beweist nichts; denn obgleich die natürlichen Früchte keine culturam erfordern, so haben sie doch curam nöthig. Das Gras z. E. ist fructus naturalis, gleichwohl aber müssen die Wiesen vom Moose gereinigt, gewässert werden u. s. w. wenn man gutes Gras ziehen will (*[8]).

Endlich 4) hieß es, der unredliche Besitzer müsse alle Früchte herausgeben oder vergüten. Einige ältere Juristen behaupten, daß dieses eine Ausnahme leide, wenn der malae fidei possessor doch einen Titel habe; er kauft z. E. die Sache, weiß aber, daß der Verkäufer nicht berechtigt ist, sie zu veräußern. Allein die Ausnahme hat in den Gesetzen keinen Grund (*[9]).

(*) Die fructus percipiendi kommen hier in zwiefacher Rücksicht vor, 1) insofern der Eigenthümer solche hätte haben können, wenn ihm die Sache nicht wäre vorenthalten worden, ohne Rücksicht, ob ein solcher Genuß auch dem Besitzer thunlich war oder nicht; in diesem Betrachte haftet der unredliche Besitzer immer, aber auch nur dieser dafür L. 62. §. 1. D. de Rei vindicat. 2) in sofern der Besitzer die Früchte, die er selbst hätte ziehen können, durch eigne Schuld versäumt hat. Hiefür haftet auch der redliche Besitzer, jedoch erst von der Zeit an gerechnet, da der Proceß angefangen ist. §. 2. I. de officio iudicis. W.

(1) *Vinn.* sel. quaest. lib. 1. cap. 26. *Costa* ad §. 35. I. h. t. *Walch* controvers. p. 132. edit. III. *Winter* tr. de iure fructuum a. b. f. possessore perceptorum. (Ien. 1724. 4.) thes. 16. *Albr. Frid. Frick*, Diss. de iure b. f. possessoris circa fructus ex re aliena perceptos. (Helmst. 1769.) §. 4. *Müller* ad *Leyser*, obs. 244.

(2) Dieses vertheidigt weitläuftig *Madihn*, diss. de b. f. possessore singulari a restitutione fructuum perceptorum immuni. Hal. 1754. Allein L. 22. C. C. de R. V. sagt, der redliche Besitzer müsse die fructus *exstantes* herausgeben, und der §. 35. I. h. t. eben so ausdrücklich: Dominus de fructibus ab eo *consumtis* agere non potest. Auch L. 4. §. 2. D. fin reg. ist bestimmt genug. Wahr ist es, daß Paullus in der L. 48. D. de A. R. D. sagt: fructus etiam, priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emtoris fiunt, und Julian in der L. 25. §. 1. D. de usur. et fruct. fructus ad bonae fidei possessorem pertinent, quoquomodo a solo separati fuerint. Allein *Vinn.* l. c. antwortet darauf sehr passend: der redliche Besitzer wird sogleich Eigenthümer, sobald die Früchte separiret sind; sein Eigenthum ist aber widerruflich.

(3) Dieser Meynung ist *Hum.* resolut. p. 281. sqq.

(4) *Struv.*

(4) *Struv.* synt. iur. civ. Ex. 16. th. 54. *Lynker* annot. ad *Struv.* l. c. *Moeckert* diss. de b. f. possessore singulari a restitutione fructuum non semper immuni. Ien 1763

(5) Dieß ist der Rechtsanalogie gemäß; denn die Regel ist: in singularibus pretium non succedit in locum rei (§. 278.); und welche Klage will der Eigenthümer auf die consumirten Früchte anstellen? Eine Realklage hat nicht Statt, da die Früchte nicht mehr vorhanden sind, und eine Personalklage eben so wenig, da der Besitzer durch kein factum sich dem Eigenthümer verbindlich gemacht hat. Die Gesetze bestätigen es auch ausdrücklich. Paullus L. 4. §. 2. fin. reg. sagt, der redliche Besitzer lucrire die Früchte; dieß wäre falsch, wenn er den Werth ersetzen müßte; und im § 35. I. h. t. heißt es: dominus de fructibus consumtis agere non potest. *Cocceii* iur. controv. tit. de rei vind. qu. 9. *Reinold* diss. ad tit. D. de A. R. D. cap. 6 in opusc. p. 470. *Schulting* thes. controv. dec. 18. th. 8. *Leyser* sp. 99 Med. 4. *Wernher* P. 1. Obs 318. *Walch* controv. iur. civ. sect. 2. cap. 2. §. 14. p. 133. edit. III. *Frick* diss. cit. §. 5. *Trendelenburg* diss. selecta quaedam capita doctrinae de iure possessoris circa fructuum perceptionem. (Kil. 1775.) cap. 3. — Westphal v. d. Arten der Sachen rc. §. 946.

(6) *Bachov* in commentar. ad 35. I. h. t. *Huber* praelect. h. t. n. 16.

(7) *Broeus* ad §. 35. I h t.

(8) L. 48. pr D. de A. R. D. widerlegt vielmehr diese Behauptung. *Noodt* probabil. lib. 2. cap. 7. *Thomas.* ad *Huber.* l. c. *Vinn.* sel. quaest. lib. 1. cap. 25. *Reinold* l. c. p. 468. *Cocceii* iur. controv. l. c. Qu 8 *Walch* controvers. p. 130. edit. III. *Winter* tr. cit. thes. 15. Unsere Meynung ist auch in der Praxis angenommen. *H. Pistor.* lib. 4. Qu. 26. n. 5. 6.

(9) *Hum.* resolut. p. 292. *Cocceii* iur. controv. tit. de rei vind. Qu. 12.

§. 334. Von der Uebergabe. Erklärung derselben.

Die letzte natürliche Erwerbungsart ist die Uebergabe, *traditio*. Nach dem Naturrecht ist, wenn ein dingliches Recht von einer Person auf die andere übergehen soll, nichts nöthig, als ein Vertrag (*[1]). Z. E. wenn ich jemanden sein Haus abkaufe, und der Kauf vollkommen ist: so hat sein Eigenthum ein Ende, und ich bin Eigenthümer. Das Römische Recht aber geht in diesem Stücke vom Naturrecht ab. Es erfordert zur Translation eines dinglichen Rechtes mehr, als den Vertrag; der Vertrag wirkt nur ein ius in personam. Wenn ein dingliches Recht transferirt werden soll: so wird noch *traditio*, die Uebergabe erfordert (*[2]). Was ist also dieselbe?

Man bemerke: dieses Wort hat eine doppelte Bedeutung. Im Allgemeinen versteht man darunter eine körperliche Handlung, wodurch der Besitzer seinen Besitz auf einen Andern überträgt. In dieser Bedeutung kann man sagen, daß der Deponent die deponirte Sache dem Depositar tradire (§. 779.); daß der Verpachter (locator) die Sache dem Pachter (conductori) (§. 881.) tradire. In engerem und juristischem Verstande hingegen wird der körperliche Actus, wodurch der Besitzer einen Andern in Besitz setzt, nur alsdann Tradi-

tion genannt, wenn er in der Absicht geschieht, dem Andern ein dingliches Recht zu verschaffen. Einige nennen dieses traditionem *vestitam*, und eine Uebergabe, wobey diese Absicht nicht ist, *nudam*.

Die Note sagt: Uebergabe ist also von der Besitzergreifung verschieden (§. 281.). Wenn ich dem Andern die Sache tradire, so ergreift er auch den Besitz. Aber umgekehrt kann jemand den Besitz ergreifen, ohne daß ein Anderer tradiret. Wenn z. E. mein Erblasser gestorben ist, und ich den Besitz seiner Verlassenschaft ergreife: so geschieht keine Tradition.

(1) Dieß ist die richtigere Meynung, die auch *Grotius* de I. B. et P. lib. 2. cap. 6. §. 1. cap. 8. §. 25. *Pufendorf* de I. N. et G. lib 4. cap. 9. *Huber* digress. lib 4. cap. 8. *Titius* ad *Pufendorf* de O. H. et C. lib. 1. cap. 12. §. 14. Strube rechtl. Bed. 3. Band, S. 190. vertheidigen.

(2) *Gottfr. Mascov.* opusc. p. 103. sq. Das Eigenthum kann indessen zuweilen ohne Uebergabe erworben werden. Dieses geschieht 1) bey Vermächtnissen (§. 583.). 2) In den *iudiciis divisoriis* (§. 376.). Wenn mir der Richter in diesen Processen etwas zuspricht, so erhalte ich kein neues Recht. Ein Recht, welches ich zuvor mit mehreren gemeinschaftlich hatte, erhalte ich jetzt allein (in dem iudicio familiae herciscundae und communi dividundo) oder der Richter bestimmt, wie weit mein Recht gehen solle, welches vorher zweifelhaft war (in dem iudicio finium regundorum). 3) Wenn jemand die Zölle defraudirt, so wird die Waare confiscirt, und der Fiscus erhält sogleich das Eigenthum, eher noch als ihm die Waare überliefert wird. L. 14. D. de publican. 4) Bey Universal-Fideicommissen (§. 600) L. 63. pr. ad Sc. Trebell. wo es heißt: facta in fideicommissarium restitutione statim omnes res in bonis sunt eius, cui restituenda est hereditas, etsi nondum earum nactus fuerit possessionem. 5) In der allgemeinen Gütergemeinschaft (§. 909.). Viele Juristen behaupten, daß durch Verträge mit dem Landesherrn das Eigenthum auch ohne Tradition übergehe. Allein m. s. *I. H. Boehmer* diss. de figmento translati ipso iure dominii ex promissis Principum. Ex. ad pand. Tom. 5. n. 82. Ein zweytes dingliches Recht, das Pfandrecht, kann ebenfalls ohne Uebergabe erworben werden (§. 712.). Endlich kann man auch eine Servitut zuweilen ohne Quasitradition erhalten (§. 352.).

§. 335. Wie die Tradition geschieht.

1) Die Tradition ist eine körperliche Handlung; das heißt, eine bloße mündliche oder schriftliche Erklärung, Daß ich dem Andern die Sache hiemit wolle übergeben haben, ist der Regel nach keine Tradition; es muß noch eine andere äusserliche, in die Sinne fallende Handlung vorgenommen werden. Indessen giebt es doch einen Fall, wo die Erklärung des Eigenthümers allein als eine Uebergabe gilt, wenn nemlich ein Anderer meine Sache schon als Nichteigenthümer besitzt, und ich mündlich oder schriftlich erkläre, daß er sie in Zukunft als Eigenthümer behalten soll. Dieses heißt traditio *ficta*, oder *brevis manus*. Z. E. Jemand hat ein Haus bisher als Miethsmann bewohnt.

Jetzt kauft er mir es ab, und ich erkläre, daß er es von nun an eigenthümlich haben solle (*[1]).

Jede körperliche Handlung übrigens, wodurch ich zu erkennen gebe, daß ich den Besitz der Sache auf den Andern übertragen haben wolle, ist eine Tradition. Dahin gehört a) wenn ich dem Andern eine bewegliche Sache in die Hand gebe, oder sie nur vor ihn lege; b) wenn ich ihn in das Grundstück, z. E. in das Haus, den Garten einführe; c) wenn ich die Sache auf sein Verlangen in seiner Wohnung niederlegen lasse; d) wenn ich ihm erlaube, die Sache, z. E. das verkaufte Faß Wein, zu versiegeln, oder e) einen Wächter dabey zu stellen (*[2]). Ja auch durch ein Zeichen kann eine Sache tradirt werden, das heißt, man kann einem statt der Sache etwas übergeben, das die Sache vorstellt. Dieß heißt die symbolische Uebergabe, und dergleichen ist a) wenn ich die Schlüssel zu dem Hause statt des Hauses übergebe; oder b) die von der Sache sprechenden Documente statt der Sache; c) wenn ich einen Span aus dem Gebäude schneide, und ihn dem Andern zuschicke (effestucatio); oder einen Erdschollen aus dem Grundstück statt des Grundstückes überreiche (scotatio) (*[3]). Endlich kann man auch eine unbewegliche Sache dadurch tradiren, daß man sie einem von weitem zeigt. Dieß heißt, weil man dabey gewöhnlich den Arm ausstreckt (traditio longae manus).

(1) Man s. von dieser Uebergabe *Vinn.* ad §. 43. h. t. et in sel. quaest. lib. 1, cap. 40.

(2) L. 51. D. de adq vel amitt poss. *Stryk* us. mod. tit. de A. R. D. §. 34.

(3) Ob diese Tradition im Anblicke der Sache (conspectu rei) geschehen müsse, ist nach Römischem Recht bestritten. Vermöge der L 74 de contr. emt. vend. und L 1. §. 21. de A. vel A. P. muß man die Frage bejahen. Nach deutschen Gewohnheiten aber ist der Anblick der Sache nicht erforderlich. *Püttmann* miscellan. cap. 36.

§. 336. Von der Quasitradition.

Durch die Uebergabe will man den Besitz einer Sache übertragen. Nun sind nur körperliche Sachen ein Gegenstand des wahren Besitzes; daher können auch nur diese in eigentlichem Verstande tradiret werden. Indessen hat doch bey Rechten oder Gerechtigkeiten eine *Quasitraditio* Statt. Sie geschieht dadurch, daß der, welchem ich eine Gerechtigkeit überlasse, sie a) mit meinem Vorwissen (*[1]), b) ohne meinen Widerspruch, c) Einmal ausübt. Wenn ich z. E. einem die Jagdgerechtigkeit verkauft habe, und er mit meinem Vorwissen einmal auf die Jagd geht, ohne daß ich etwas dagegen einwende: so ist ihm die Jagdgerechtigkeit quasitradirt.

(1) Arg. L. 2. C. de servit. (III. 34.). *Frommann* diss. de ficta s. quasi tradit. §. 31.

§. 337. Die zu tradirende Sache muß vacuae possessionis seyn.

Die Uebergabe geschieht vom Besitzer. Wenn also ein Anderer im Besitz

Wenn ich z. E. 1000 Thlr., 100 Malter Weizen zu fordern habe, so ist der Gegenstand meiner Forderung etwas unkörperliches (*2).

In der Anmerkung leitet Heineccius die Römisch-juristische Definition der körperlichen und unkörperlichen Sachen aus der Stoischen Philosophie her. Wer Lust hat, diese Sache weitläuftig und mit Gelehrsamkeit ausgeführt zu lesen, kann die angeführte Meisterische Abhandlung nachschlagen.

(1) Ich sage, vorzüglich heissen die Gerechtigkeiten und Ansprüche unkörperliche Dinge. Wenn also in Zukunft von unkörperlichen Dingen schlechtweg die Rede seyn wird, so werden darunter Rechte oder Ansprüche zu verstehen seyn.

(2) Man sagt gewöhnlich, das Geld sey in gewisser Rücksicht eine körperliche, und in anderer eine unkörperliche Sache. Eine Summe Geldes sey etwas unkörperliches, ein bestimmtes Geldstück hingegen etwas körperliches. Aber nicht allein das Geld, sondern jede körperliche Sache ist nur, *individualiter* betrachtet, körperlich, *in genere* hingegen ist sie unkörperlich; das heißt, wenn ich eine Sache zu fordern habe, die zur Classe der körperlichen gehöret, z. E. ein corpus iuris ex edit. *v. Leuwen*, so geht mein Anspruch entweder auf ein gewisses individuum, dieses und kein anderes Exemplar; oder er geht auf ein genus; der Andere ist mir ein Exemplar, welches er will, von jener Edition zu liefern schuldig. Im ersten Falle habe ich etwas körperliches, im letzten etwas unkörperliches zu fordern.

§. 341. Unkörperliche Dinge werden nicht besessen, nicht tradiret, sind nicht im Eigenthum.

Die Wörter besitzen, übergeben, Eigenthum, gehen nach dem Redegebrauch nur auf körperliche Dinge. Von den Gerechtigkeiten sagt man nicht im eigentlichen Verstande, daß man sie im Besitz habe, daß man sie einem tradire, daß einem ein Eigenthumsrecht (§. 287.) darauf zustehe. Indessen sagen doch die Juristen von diesen Dingen: quasi possidentur, quasi traduntur, in bonis sunt. Wenn es mir nemlich physisch möglich ist, eine Gerechtigkeit auszuüben: so bin ich im Quasibesitz (§. 282). Was die Quasitradition der Gerechtigkeiten sey, ist vorhin erst erklärt worden (§. 336). Und endlich wenn mir eine Gerechtigkeit dergestalt zusteht, daß ich darüber nach Gefallen disponiren darf: so ist sie *in bonis meis*.

§. 342. Bewegliche und unbewegliche Dinge.

Die körperlichen Sachen lassen sich entweder ohne ihren Schaden von einem Ort zum andern bewegen, oder nicht; im ersten Falle heißen sie bewegliche, im letzten unbewegliche. Also unbeweglich sind a) die Sachen, welche sich gar nicht von einem Ort zum andern bringen lassen, z. E. Aecker, Wiesen, Gärten; b) Dinge, welche man nicht unbeschädigt von der Stelle bringen kann, z. E. Gebäude. Bewegliche Dinge hingegen sind a) die sogenannten Moventien, d. i. solche, die sich selbst von der Stelle bewegen,

als Sklaven und Thiere (*res sese moventes*); b) die sich bewegen lassen, z. E. Tische, Stühle, Bücher u. s. w. (*res mobiles stricte*).

Die unbeweglichen Sachen sind entweder von Natur oder durch die Disposition der Gesetze unbeweglich (res immobiles vel *natura*, vel *iuris intellectu* tales sunt). Es giebt nemlich Sachen, die ihrer Natur nach beweglich sind, aber doch von den Gesetzen unter die unbeweglichen gerechnet werden. Der Grund liegt entweder a) darin, weil diese Sachen mit einer unbeweglichen fest verbunden sind; z. E. die Bäume auf einem Grundstück, die fructus pendentes, Tapeten im Hause u. s. w., oder b) weil sie zum beständigen Gebrauch einer unbeweglichen Sache bestimmt sind. Dergleichen sind die Ziegel auf dem Dache, Fenster, Thüren, die Braugefäße in einem Brauhause, Blasebälge, Hämmer, Amboße in einem Eisenhammer (* 1). Uebrigens ist die Distinction zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen wichtig, weil in vielen Puncten die beweglichen Dinge andere Rechte, als die unbeweglichen haben, wie in den Pandecten gezeigt wird. Ich will hier nur einige von diesen Puncten bemerken. In der Lehre von der Verjährung distinguirt man zwischen beweglichen und unbeweglichen Dingen; denn jene werden in drey, diese erst in zehen oder zwanzig Jahren verjährt (§. 400). Ferner in der Materie vom Heyrathsgut kommt viel auf diesen Unterschied an. Denn von beweglichen Heyrathsgütern ist der Ehemann unumschränkter Eigenthumsherr, von unbeweglichen nicht immer (§. 418). Endlich können auch einer unbeweglichen Sache Rechte zustehen, einer beweglichen nicht (folg. §. Not. 1.).

(1) *Paul. Voet.* tr. de mobilium et immobilium natura, (Ultrai. 1666. 8) cap. 8. seqq. *Io. Aug. Hellfeld* diss. de hypotheca mobilium cap. 1. in opusc. pag. 141. sqq.

§. 343. Ob unkörperliche Dinge zu den beweglichen oder unbeweglichen gehören.

Die Distinction zwischen beweglichen und unbeweglichen Dingen paßt nur auf die körperlichen; denn die unkörperlichen sind weder beweglich, noch unbeweglich. Indessen ist es doch 1) zuweilen nöthig, daß man auch diese entweder unter die eine, oder die andere Classe rechne. Z. E. wenn jemand den A. zum Erben aller seiner beweglichen Dinge, den B. zum Erben aller unbeweglichen einsetzt, und sich in der Verlassenschaft unkörperliche Dinge, z. E. Zehendrecht, ausstehende Schulden u. d. gl. befinden, folglich die Frage entsteht, ob diese der A. oder der B. haben solle. In diesem Falle ist die Sache durch mancherley Distinctionen zu entscheiden (* 1). 2) Erfordert es zuweilen die Billigkeit im Erklären, daß man unter dem Ausdruck: meine beweglichen und unbeweglichen Sachen, auch die Gerechtigkeit mitbegreife. Der Fall kommt hauptsächlich bey Verpfändungen vor. In Pfandverschreibungen nemlich heißt es zuweilen: ich setze mein Vermögen, bewegliches und unbeweg-

liches, zum Unterpfand, und nun ist die Frage: ob auch des Schuldners Gerechtigkeiten darunter zu verstehen sind? Die richtigste Meynung ist die bejahende. Denn wer jene Formel braucht, der denkt sich unter dem Ausdruck: bewegliches und unbewegliches Vermögen, das ganze Vermögen, und hat nicht die Absicht, die Gerechtigkeiten auszuschließen (**). Hätte ich hingegen erklärt, daß ich einem meine beweglichen und unbeweglichen Sachen schenken wolle: so wäre weniger Grund vorhanden, die Gerechtigkeiten auch unter der Schenkung zu begreifen. Denn Schenkungen sind einschränkend (stricte) zu interpretiren.

(1) Man bemerke nemlich 1) eine Gerechtigkeit, die einer Sache, d. i. allen Besitzern der Sache zusteht, einer unbeweglichen nemlich, denn beweglichen Sachen kommen keine Gerechtigkeiten zu (§. 342.), ist als etwas unbewegliches anzusehen. Exempel sind das Apothekerrecht, die Schildgerechtigkeit, die einem Hause zustehet, desgleichen die Realservituten.

2) Ein Recht, welches einer Person zukommt, wenn es *ad rem* ist, wird allzeit den beweglichen Dingen zugezählt, gesetzt auch, daß der Gegenstand eine unbewegliche Sache wäre. Wenn mir also jemand ein Haus verkauft, und noch nicht übergeben hat; so ist mein Anspruch an das Haus als ein mobile zu betrachten. — — Dieß behauptet zwar auch *Voet.* comment. ad Pandect. Tit. de rer. divis. §. 21. und mit ihm *Hofacker* princip. iur. civ. Rom German. §. 726. Allein die Absicht der Disponenten, worauf doch vorzüglich hieben Rücksicht zu nehmen ist, dürfte wohl meistens das Gegentheil mit sich bringen. Wer einem Erben sein bewegliches, und einem andern das unbewegliche Vermögen bestimmt, wird ein gekauftes, obgleich noch nicht übergebenes Haus sicher nicht dem Erstern zugedacht haben. W.

3) Ein *ius in re* hingegen, das eine Person hat, gehört zu den beweglichen Dingen, wenn sein Gegenstand eine res mobilis, zu den unbeweglichen, wenn das Object eine res immobilis ist. Nur behalte man: a) wenn ich, vermöge eines dinglichen Rechts eine Abgabe zu fordern habe: so ist mein Recht, auf die schon fälligen Termine, als eine bewegliche Sache anzusehen. Z. E. wenn ich das dingliche Recht habe, von einem Acker eine jährliche Abgabe von 1 Malter Korn zu verlangen, das mir jedesmal auf Martini geliefert werden muß; so ist zwar dieses Recht überhaupt im Ganzen genommen, eine res immobilis. Allein sobald der Lieferungstermin verstrichen ist, so ist mein Anspruch auf das rückständige Malter für eine bewegliche Sache zu halten. Sodann ist b) nicht zu vergessen, daß ein Pfandrecht sich nach dem Hauptrecht richtet, weshalben es gegeben ist. Wenn ich also eine Forderung aus einem Darlehen habe, und mir deßwegen das Haus meines Schuldners verpfänden lasse: so wird diese Hypothek den beweglichen Sachen beygezählt; denn mein Anspruch aus dem Darlehen ist ein ius ad rem, folglich beweglich; und dieser Anspruch ist das Hauptrecht, um dessen willen das Pfandrecht bestellt wurde. *Leyser* sp. 26. med. 2. sqq. *Hellfeld* l. c. *Müller* ad *Leyser* obs. 115.

(2) *Franzk.* in comment. ad Pand. tit. de pign. et hyp. n. 117. *Lauterb.* in coll. th. pr. eod. tit. §. 23. *Leyser* sp. 26. m. 1. *Bynkershoek* lib. 3. obs. 2. *Müller* ad *Leyser* obs. 114.

§. 344. Klagen aus dem Eigenthumsrecht.

Die Klagen, welche aus dem Eigenthumsrecht entstehen, sind die *rei vindicatio* und *actio Publiciana*. Nemlich rei vindicatio heißt in weitläufiger Bedeutung jede Realklage, oder jede Klage, welche aus einem dinglichen Rechte entsteht (§. 284. 285.). In eigentlichem Verstande aber ist die rei vindicatio die Klage, welche aus der ersten Gattung des dinglichen Rechtes, aus dem Eigenthumsrecht entspringt, kurz, die Eigenthumsklage.

Diese ist von zweyerley Art (S. die 21. Tabelle). Entweder wird neben der Vindication zugleich eine Handlung, ein Geschäft bestritten, oder nicht. Jene heißt (bey Einigen) *rei vindicatio qualificata*, diese *simplex*. Die qualificata ist entweder *querela nullitatis*, oder *actio rescissoria*. Wenn ich bey der Vindication bitte, daß ein gewisser Handel für null und nichtig erklärt werde, so stelle ich querelam nullitatis an; wenn ich hingegen verlange, daß ein nach strengem Recht gültiger Handel um der Billigkeit willen wieder aufgehoben werde, so ist es actio rescissoria. Man stelle sich z. E. vor, die Sachen des Minderjährigen sind ohne Consens des Vormundes, oder ohne obrigkeitliches Decret veräussert worden. In diesem Falle kann er querelam nullitatis anstellen, nemlich bitten, daß die Alienation für nichtig erklärt, und ihm seine Sache wieder herausgegeben werde. Diese Klage ist nichts anders, als eine Gattung der rei Vindication, eine qualificata rei vindicatio. Von der actione rescissoria wird im §. 407. ein Exempel vorkommen; und §. 110. ein anderes, die actio Paulliana nemlich. Die simplex rei vindicatio entsteht entweder aus einem wahren Eigenthumsrecht, oder aus einem fingirten. Im ersten Falle heißt sie rei vindicatio *civilis*, im letzten *Praetoria* oder *actio Publiciana* (*1).

Die Definition der rei Vindication enthält folgende Charactere: 1) diese Klage wird vom Eigenthümer angestellt. Der Kläger muß also sein Eigenthumsrecht an die Sache, welche er fordert, erweisen. Zu dem Ende muß er entweder zeigen: a) daß ihm der wahre Eigenthümer die Sache aus einem rechtlichen Titel überlassen und tradirt; oder b) daß er die Sache durch die Verjährung erlangt; oder c) daß er sie vom Landesherrn gekauft habe. Nemlich, wenn ich eine Sache vom Landesherrn kaufe, und tradirt erhalte, so werde ich Eigenthümer, wenn auch gleich der Landesherr kein Eigenthumsrecht auf die Sache hatte. Man denke sich z. B. den Fall: ein Mensch stirbt ohne Erben; die Rentkammer occupirt also die Verlassenschaft (§. 703.), und darunter sind Sachen, welche dem Verstorbenen nicht eigen, sondern nur geliehen waren. Die Rentkammer nimmt sie aber bona fide mit der übrigen Verlassenschaft zu

sich, und verkauft sie mir. Vermöge eines besonderen, dem Landesherrn zuste: henden Rechtes werde ich durch diesen Kauf sogleich nach der Tradition Eigenthümer (*[2]). Oder er muß d) beweisen, daß die Sache herrenlos war, und von ihm occupirt worden ist; oder e) daß er sie durch Accessionsrecht, oder f) als Frucht einer Sache, die er zu benutzen hatte, besitze; oder g) daß sie mit seinem Gelde erkauft worden sey. Nur wird in diesem letzten Fall erfordert, daß er eine von denen Personen ist, welche das besondere Recht haben, daß Sachen, die mit ihrem Gelde erkauft werden, ihnen gehören. Der Regel nach nemlich kann ich eine Sache nicht aus dem Grunde in Anspruch nehmen, weil sie ein Anderer mit meinem Gelde erkauft hat (§. 278.); z. E. wenn ich meine Börse verliere, ein Anderer sie findet, und sich etwas dafür kauft: so ist die Sache nicht mein. Nur einige Personen, die Pupillen, Minderjährigen, und, nach der Praxis, die Kirchen (*[3]), haben das Vorrecht, daß, wenn der Vormund oder Verwalter in die Casse greift, und sich etwas vom Gelde derselben ankauft, sie es als ihr Eigenthum in Anspruch nehmen können.

Der zweyte Character ist, die rei Vindication wird gegen jeden Besitzer angestellt. Denn sie ist eine Realklage (§. 285.). Läugnet der Beklagte den Besitz, so muß ihn der Kläger beweisen (*[4]). Besitzt der Beklagte nicht als Eigenthümer, sondern z. E. als Pachter, Depositar rc., so kann er den Kläger an den Eigenthümer verweisen. Dieß heißt man, *exceptionem nominationis auctoris* entgegen setzen (*[5]). Auch kann 3) der belangt werden, welcher betrüglich (dolo) aufgehört hat zu besitzen (*[6]). Wenn ich nemlich eine Sache aus meinem Besitz weggeschafft habe, in der Absicht, dem Eigenthümer seine rei Vindication zu vereiteln, so sagt man: ich habe dolo aufgehört zu besitzen (§. 281.).

4) Die Bitte des Klägers ist, daß der Beklagte die Sache *cum omni causa* herausgeben soll (*[7]). Er muß also die Sache herausgeben a) mit den Accessionen; z. E. wenn ich die Wiese vindicire, die durch die Alluvion einen Zuwachs erhalten hat, so muß mir der Besitzer auch diesen Zuwachs abtreten; b) mit den Früchten. Wenn der Besitzer in mala fide war, so muß er fructus perceptos und percipiendos ersetzen; ist er hingegen in bona fide, so giebt er nur die pendenten und die abgesonderten, welche noch vorhanden, auch noch nicht usucapiret sind (§. 332. 333.). Endlich c) gehört zu der causa auch, daß der redliche Besitzer den Schaden ersetze, wenn er die Sache verdorben hat. Der bonae fidei possessor ist dazu nicht verbunden, wie wir oben gehört haben (§. 283. 6.).

Muß aber der Eigenthümer dem redlichen Besitzer den für die Sache ausgelegten Werth vergüten? Der Regel nach ist er dazu nicht verpflichtet (*[8]).

(1) Die rei vindicatio civilis wird auch noch in directam und utilem eingetheilt. Unter der utili werden aber so vielerley Klagen begriffen, daß sich nicht wohl eine allgemeine Definition von ihr geben läßt. Man s. *Io. Conr. Sigism. Topp* diss. de utilis rei vind. speciebus, Helmst. 1750. wo vierzehen dieser Klagen angeführt werden. Einige kommen unten vor §. 719 §. 903.

(2) Diese Verordnung ist in der L. 2. et 3. C. de quadrienn. praescript. (VII. 37.) und §. ult. I. de usucap. enthalten. In diesem §. heißt es: Edicto Divi Marci cavetur, qui a fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium praeterierit, posse dominium rei exceptione repellere. Constitutio autem divae memoriae Zenonis (in der L. 2. C. cit.) bene prospexit iis, qui a fisco per venditionem aut donationem, vel alium titulum accipiunt aliquid: ut ipsi quidem securi statim fiant et victores existant, sive experiantur sive conveniantur: adversus autem sacratissimum aerarium usque ad quadriennium liceat iis intendere, qui pro dominio vel hypotheca earum rerum, quae alienatae sunt, putaverunt sibi quasdam competere actiones. Nostra autem divina constitutio (in der L. 3. C. cit.), quam nuper promulgavimus, qui a nostra vel venerabilis Augustae domo aliquid acceperint (die etwas von dem Privatvermögen des Kaysers an sich bringen), haec statuit, quae in fiscalibus alienationibus praefatae Zenonianae constitutionis continentur. Man s. *Slevogt* de alienatione fisci vel imperatoris privilegiati. Ien. 1708. recus. 1745. Diese Verordnung setzt übrigens voraus, daß der Fiscus etwas als sein eigen verkauft. Ganz verschieden ist davon der Fall, wenn der Fiscus als Gläubiger etwas von dem Vermögen seiner Schuldner aufstecken läßt. Von diesem Fall redet L. 5. C. de fide et iur. hast. fiscal. (X. 3.), wo es heißt: Quaecunque pro reliquis prodigorum in annonario titulo, caeterisque fiscalibus debitis in quibuscunque corporibus sub auctione licitanda sunt, fisco auctore vendantur. Also die Gesetzgeber wollen sagen, wenn jemand einen Rückstand (reliqua) in seinen Naturalabgaben (in prodigis) hat, z. E. in den Abgaben an Früchten, Wein, Oel u. d. gl., die unter der Rubrik annona begriffen sind (in annonario titulo), oder aus einem andern Grund ein Schuldner des Fiscus ist, und deswegen etwas von seinen Vermögensstücken (corporibus) aufgesteckt werden muß, so soll es unter Direction des Procurators fisci (fisco auctore) geschehen; ut perpetuo penes eos sint iure dominii, quibus huiuscemodi sub hastae solennis arbitrio fiscus addixerit: et si quid unquam, ut a fisco facta venditio possit infringi, auctoritate rescripti fuerit impetratum, nullus obtemperet: cum etiam minoribus, si quando aliquid ex rebus eorum pro fiscalibus debitis adiudicatur emtoribus, repetitionis facultas in omnem intercipiatur aetatem. Eine ausführliche Erklärung dieses Gesetzes giebt *Io. Caspar Heimburg* diss. de fisco res debitorum iure creditoris distrahente, Ien. 1738. und bemerkt insonderheit §. 54, daß, wenn der Fiscus als Gläubiger eine Sache verkauft, die dem Schuldner nicht gehört, der wahre Eigenthümer dadurch nicht präjudicirt werde.

(3) *Topp.* l. c. §. 18.

(4) L. 23. pr. L. 25. pr. L. 36 et ult. D. de R. V.

(5) L. 2 C. ubi in rem act (III 19.).

(6) L. 20. D. de R. V. L. 31. D. de reb. cred.

(7) Und zwar nicht nur wenn er nach der Litiscontestation, sondern auch wenn er vorher die Sache weggeschafft hat. *Vinn.* §. 1. I. de act. n. 16.

(8) L. 23. C. de R. V. (III. 32.) L. 2. C. de furt. (VI. 2.). *Franzk.* lib. 2. resolut. 9. Man s. aber auch Strube rechtl. Bed. 3. Band, 4. Bed.

§. 345. Von der Publicianischen Klage.

Wer die rei Vindication anstellt, muß beweisen, daß er Eigenthümer sey. Dieser Beweis aber ist oft sehr schwer. Ich kann zuweilen zwar soviel beweisen, daß die Sache durch einen rechtmäßigen Titel an mich gekommen ist, aber nicht, daß mein Vorfahr (*auctor*), von dem ich die Sache erhalten habe, Eigenthümer war. Auch ist die Verjährungszeit noch nicht verflossen; denn wäre dieß, so wäre ich durch die Verjährung Eigenthümer geworden. In diesem Falle kommt mir der Prätor zu Hülfe (§. 51. 52.). Er sagt: si quis id, quod traditur, ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, *si ea res possessoris non sit*, iudicium dabo (*[1]). Mit diesen Worten wollte er ohne Zweifel so viel sagen: wenn jemand einen rechtmäßigen Titel und modum adquirendi hat, auch in bona fide ist; sein Gegner aber, der die Sache besitzt, ist nicht Eigenthümer; so will ich jenem eine Klage gestatten, will fingiren, als ob er sein Eigenthum förmlich erwiesen hätte, und den Besitzer zur Herausgabe der Sache anhalten. Diese Klage heißt von ihrem Erfinder, einem Prätor Quintus Publicius (*[2]), *actio Publiciana*.

1) Sie gründet sich also in einem fingirten Eigenthum, *dominio ficto* — (oder vielmehr praesumto, *putativo*); d. i. sie steht demjenigen zu, welcher die Sache von einem Andern iusto titulo erhalten hat und in bona fide ist, aber nicht beweisen kann, oder will, daß sein Autor (von dem er die Sache erhielt) Eigenthümer war, auch die Sache nicht verjährt hat. Sie hat aber 2) nur Statt, si res possessoris non sit, wie Neratius sagt, d. i. gegen einen, welcher nicht Eigenthümer ist. Dieses ist sehr begreiflich; wie kann ich aus dem Grund allein, daß ich die Sache durch einen rechtlichen Titel erhalten, z. E. weil ich sie von einem non domino gekauft und tradirt bekommen habe, sie demjenigen wegnehmen, der ein wirkliches Eigenthumsrecht darauf erworben hat? Allein, wenn auch der Besitzer nicht Eigenthümer ist, so hat gleichwohl die Publicianische Klage nicht ohne Unterschied, sondern nur alsdann Statt, wenn der Beklagte *infirmiore, deteriore,* oder *debiliore iure* besitzt, wenn er z. E. keinen rechtlichen Titel hat, oder nicht in bona fide ist. Hat der Beklagte eben sowohl als ich, der Kläger, einen rechtlichen Titel und guten Glauben für sich, z. E. ein Nichteigenthümer verkauft und tradirt mir die Sache, ein anderer Nichteigenthümer aber hat sie dem Beklagten und jetzigen Besitzer verkauft und tradirt, wir sind auch beyde in bona fide; so kann ich gegen den Besitzer mit der Publicianischen Klage nichts

entrichten (**). 3) Ihr Zweck ist, daß dem Kläger das dominium putativum zuerkannt, und der Beklagte angewiesen werde, die Sache mit aller causa abzutreten.

(1) L. 1. et ult. D. de public. in rem act.

(2) *Io. Guil. Hofmann* meletem. diss. 7. §. 5. Das Edict selbst erläutert *Reinold* in opusc. p. 358. sqq. Die einzelnen Gesetzstellen des Römisch-Justinianeischen Rechts über diese Klage erklärt Westphal v. d. Arten der Sachen ꝛc. ꝛc. §. 983. ꝛc.

(3) Außer Zweifel ist nach Ulpian in der L. 9. §. 4. de public. in rem act., daß wenn zwey Nichteigenthümer eine Sache verkaufen und übergeben (der eine nemlich verkauft und tradiret sie dem A., der andere dem B.), der wirkliche Besitzer den Vorzug hat (melior est ratio possidentis), und nicht mit der Publicianischen Klage belangt werden kann. Wollen A. und B. gegen einen dritten Besitzer klagen, so hat derjenige von ihnen den Vorzug, der die Sache zuerst apprehendiret hat. L. 31. §. fin. de act. et emt. Nur darüber wird gestritten, ob, wenn ein und derselbe Nichteigenthümer die Sache zuerst dem A., alsdann auch dem B. verkauft und übergiebt, der A. gegen den B. diese Klage anstellen könne. Die gemeine und richtige Meynung ist, daß er dazu befugt sey. Dieß ist der Analogie gemäß. Denn wenn der wahre Eigenthümer eine Sache zuerst dem A., alsdann dem B. verkauft und übergiebt, so hat der Regel nach A. den Vorzug vor dem B. Vertheidigt wird diese Meynung von *Cuiac.* lib. 18. obs. 31. *Noodt* ad Pand. tit. de public. i. r. a. p. m. 206. *Bachov* ad *Treutler.* disp. 3. th. 21. 22. et ad *Fabr.* dec. 86. Err. 2. *Franzk.* ad Pand. dict. tit. n. 6. *Bauer* l. c. Die gegentheilige Meynung, daß die Publicianische Klage auch hier wegfalle, behaupten *Faber* in rational. ad L. 9. §. 4. de publ. i. r. a. *Hilliger* ad *Donell.* lib. 20. cap. 8. lit. Z. *Voet.* ad pand. d. tit. n. 6. Es kommt alles auf die Erklärung der L. 8. und insonderheit der Worte: *qui tantum emit*, an. Diese heißen, wie die angeführten Autoren, Cujaz, Noodt ꝛc. zeigen, nichts anders als: qui prior tantum emit, welcher weiter nichts für sich hat, als daß er zuerst kaufte, die Sache aber später als der Andere tradirt bekommen hat. — — In der That ist cit. L. 31. D. de act. emti etc. in den Worten: sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio, der Meynung Iuliani in L. 9. §. 4. D. de publ. act. offenbar entgegen, obgleich die letztere vernünftiger, und auch der Analogie des Civilrechts gemäßer ist. Westphal v. d. Arten der Sachen ꝛc. §. 1020. 1021. W.

Noch verdient bemerkt zu werden, daß auch aus andern putativen Realrechten eine Publicianische Klage angestellt werden kann, z. B. actio confessoria Publiciana, L. 11. §. 1. D. de publ. in rem act. — — Vergl. Schmidt Lehrb. v. gerichtl. Klagen ꝛc. §. 437. Note k. der neuest. Ausgabe.

TIT. III.

DE SERVITUTIBUS PRAEDIORUM.

§. 346. Uebergang zu dieser Materie.

Wir haben oben gehört (§. 286.), daß das dingliche Recht vier Gattungen habe, Eigenthum, Dienstbarkeit, Erbrecht und Pfandrecht.

Die erste Gattung, das Eigenthumsrecht, hat uns bisher beschäftigt, und wir gehen nun zu der andern Gattung, zu den Dienstbarkeiten über.

§. 347. Was ist eine Dienstbarkeit.

Die Servitut oder Dienstbarkeit ist ein dingliches Recht auf eines Andern Sache, vermöge dessen er, auf dieser Sache entweder etwas leiden muß, oder etwas nicht thun darf, und zwar zum Besten einer Person oder Sache (*). Also ist sie 1) ein dingliches Recht. Wenn ich nur ein *ius ad rem* gegen einen Menschen habe, vermöge dessen er auf seiner Sache etwas leiden muß, oder nicht thun darf: so habe ich keine Servitut. Z. E. wenn mir einer sein Haus vermiethet, so muß er leiden, daß ich es bewohne. Weil ich aber kein dingliches Recht auf das Haus, sondern nur ein persönliches gegen den Vermiether habe, so steht mir keine Servitut zu. 2) Ist die Servitut ein Recht auf eine fremde Sache; z. E. das Recht über den Hof des Andern zu gehen; meine Heerden auf dem Felde eines Andern zu weiden ꝛc. Wir reden also hier nicht von der Knechtschaft oder von dem Zustande eines Menschen, vermöge dessen er im Eigenthum eines Andern ist. Der Sklave ist zwar auch eine Sache; allein er ist die eigene Sache des Herrn. 3) Sie ist ein Recht, vermöge dessen ein Anderer leiden muß, daß ich etwas auf seiner Sache vornehme, was ich ohne Servitut nicht vornehmen dürfte; oder vermöge dessen der Andere etwas unterlassen muß, was er sonst vermöge der natürlichen Freyheit thun dürfte. Z. E. wenn mir jemand das Recht giebt, aus seinem Brunnen Wasser zu schöpfen: so muß er etwas leiden, das er ausserdem zu leiden nicht schuldig wäre. Wenn mir jemand verspricht, daß auf seinem Hofe nie ein Gebäude aufgeführt werden soll, das mir meine Fenster verdunkelt: so muß er nun das Bauen unterlassen, welches ihm vermöge der natürlichen Freyheit erlaubt wäre. In beyden Fällen ist also eine Servitut vorhanden. 4) Dieses leiden oder nicht thun gereicht einem andern Subject zum Besten. Nach dem strengen Rechte muß ein Nutzen in eigentlichem Verstande durch die Servitut befördert werden. Um des Vergnügens willen allein konnte man keine Realservitut bestellen. Nach den neuern Gesetzen und Gewohnheiten aber war dieses erlaubt (*¹). 5) Den Nutzen der Servitut genießt entweder die Sache, oder die Person. Daher sind die Servituten von zweyerley Art, entweder *reales sive praediales*, oder *personales* (s. die 22. Tabelle) (*²). Nemlich, wenn die Servitut einem Menschen für seine Person auf lebenslang zustehet, so heißt sie eine persönliche; wenn hingegen ein solches Recht allen Besitzern einer Sache zukommt, so ist eine Realservitut vorhanden. Z. E. wenn das Recht Wasser zu schöpfen, mir für meine Person zukommt, so daß ich es ausüben kann, aber nicht mein Erbe, auch nicht ein künftiger Besitzer meines

Hauses: so ist es eine persönliche Servitut. Wenn hingegen alle Besitzer meines Hauses befugt sind, aus des Nachbars Brunnen Wasser zu holen: so ist dieses Recht eine reelle Dienstbarkeit (*)(3).

In Deutschland giebt es noch eine dritte Art von Dienstbarkeiten. Sie kommen nicht allen Besitzern eines Grundstücks, sondern einer Person zu; sind aber doch nicht auf diese Person eingeschränkt. Sie gehen auf die Erben, man kann sie auch an Andere veräussern. Z. E. jemand kann das Zehendrecht haben, dergestalt, daß er es auf seine Erben zu transferiren, daß er es zu verkaufen, zu vertauschen, zu verschenken befugt ist. Diese Servituten waren den Römern unbekannt.

(*) Ein Hauptbuch in der ganzen Lehre von den Servituten sind *E. C. Westphal* interpretationes iuris civilis de libertate et servitutibus praediorum. Lips. 1773.

(1) *Noodt* probabil. lib. 1. cap. 2. *Zach. Huber*. diss. lib. 3. diss. 2. cap. 1. *Ev. Otto* diss. de difficultatibus vulgo perperam damnatis in materia de servitutibus cap. 1. in *Oelrichs* novo thesaur. diss. Belgicar. Vol. 3. Tom. 2. pag. 269 sqq. — — Vergl. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts I. 1. Ueber die genaue Bestimmung des Begriffs ist noch zu vergleichen *Hugo Donellus* commentar. iur. civ. IX. 21. Der Ausdruck: servitus – Dienstbarkeit – bezeichnet eigentlich wie onus – Belästigung – iuris imminutio; hier wird er also uneigentlich für das gebraucht, was man eigentlich ius servitutis, Dienstbarkeitsrecht oder Gerechtigkeit nennen sollte. W. -

(2) Bey jeder Servitut ist das Object, auf dem die Servitut ruhet, eine Sache. Nach dem aber das Subject, dem sie zustehet, verschieden ist, nach dem ist die Servitut entweder real oder personal.

(3) Ueber den Nutzen des Gutes darf eine Realservitut nicht ausgedehnt werden. Ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra tamen potest, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus est, sagt L. 5. in f. de S. P. R. Bey der Triftgerechtigkeit ist diese Bemerkung besonders wichtig. S. Gmelin und Elsässer Beobachtungen, 3. Band, 13. Stück.

§. 348. Von den persönlichen Servituten.

Die meisten Servituten sind so beschaffen, daß sie der Eigenthümer einem Andern nach Belieben entweder als reelle, oder als persönliche ertheilen kann. Einige aber können nach der Vorschrift der Römischen Gesetze nicht anders als persönlich gegeben werden. Zu der letzten Gattung gehören vier: ususfructus, usus, habitatio, operae servorum. Denn man kann den usumfructum nur einem Menschen für seine Person geben, nicht allen Besitzern eines gewissen Grundstücks, und so auch bey den übrigen. Alle andere Servituten, ausser den vier angeführten, gehören zu der ersten Art, das heißt, sie können eben sowohl reales als personales seyn. Sie werden aber gewöhnlich schlechthin servitutes reales genannt, weil sie meistens allen Besitzern einer Sache ertheilt werden, und also in den meisten Fällen reales sind (*). Einige Rechtsgelehrten behaupten zwar, daß, wenn ich einem ein Recht, welches ge-

wöhnlich eine Realservitut ist, nur für seine Person gäbe, er gar keine Servitut bekomme, allein ohne Grund (*2).

(1) *Berger* resolut. LL. obst. lib. 8. tit. 1. Eben darum wird auch im Zweifel vermuthet, daß der, welcher sich eine solche Servitut bestellen läßt, sie nicht für seine Person allein, sondern für alle künftige Besitzer seines Grundstückes erworben habe. Schmidts öffentliche Rechtssprüche S. 9. rc.

(2) *Vinn.* ad rubr. tit. de usufr.

§. 349. Von den Realservituten.

Die Römischen Juristen erklären die servitutem realem, sie sey eine Servitut, *ubi praedium servit praedio;* das heißt deutlicher, sie sey eine Servitut, die allen Besitzern eines Grundstücks auf ein anderes Grundstück zustehet. Eine servitus realis also setzt schlechterdings zwey Grundstücke oder praedia voraus: eins, dessen Besitzer das Recht der Dienstbarkeit haben, und ein zweytes, dessen Besitzer die Servitut leiden müssen (*1). Das erste heißt *praedium dominans*, das herrschende Gut; das andere *praedium serviens*, das dienstbare Gut. Z. E. wenn mein Nachbar auf seinem Hofe nichts bauen darf, was die Fenster meines Hauses verdunkelt: so ist der Hof das praedium serviens, mein Haus das dominans. Wenn ich, um in meinen Garten zu kommen, über des Nachbars Acker fahren darf: so ist mein Garten praedium dominans, des Nachbars Acker praedium serviens.

(1) Diese Güter müssen benachbart, *praedia vicina*, seyn. L. 5. §. 1. de servit. praed. rust. L. 38. seq. de serv. praed. urb. das heißt, einander so nahe, daß eins aus dem andern Nutzen ziehen kann. L. 7. §. ult. L. ult. de serv. praed. rust. L. 1. de servit. praed. urb. L. 7. §. 1. commun. praed. *Moeckert* diss. de vicinia et conspectu praediorum ad constituendam servitutem requisitis, Rintel. 1776. — Vergl. überhaupt H. G. Zachariä wissenschaftliche Entwickelung des Römischen Rechts von den dinglichen Servituten; bey Hugo Civil. Magaz. II. 3. 328.

§. 350. Sie sind entweder urbanae, oder rusticae.

Die Realservituten werden in *urbanas* und *rusticas* eingetheilt. Nemlich praedium urbanum heißt in der Materie von den Dienstbarkeiten jedes Gebäude, es mag in der Stadt oder auf dem Lande liegen, es mag zur Wohnung oder zu einem andern ökonomischen Gebrauch bestimmt seyn. Praedium rusticum aber ist jeder leere Platz, z. E. ein Hof, Garten, Acker, Wiese u. s. w. Dieß ist wenigstens die richtigere Erklärung, wie Vinnius (*1), Noodt (*2), und Koch (*3) gezeigt haben. Wenn eine Dienstbarkeit zum Vortheil eines praedii urbani bestellt ist, so heißt sie urbana; gereicht sie einem praedio rustico zum Besten, so heißt sie rustica (*4).

Die Note sagt: nach dem alten Römischen Recht war die Distinction der Servituten in urbanas und rusticas practisch. Denn diese waren res mancipi, jene nicht. Nachdem aber der Unterschied unter rebus mancipi und nec

nec mancipi aufgehoben ist: so hat auch jene Distinction allen Nutzen verlohren (*5).

(1) *Vinn.* in sel. quaest. lib. 1. quaest. 30.

(2) *Noodt* ad Pand. lib. 8. tit. 3.

(3) *Io. Christoph Koch* comment. de praedio urbano et rustico, Ien. 1757. 4. Merkwürdig ist, daß die Classiker die Ausdrücke praedium urbanum und rusticum in drey ganz verschiedenen Bedeutungen brauchen: anders in der Lehre von Servituten, anders in der von der Veräußerung der Güter eines Minderjährigen, und endlich anders in der Materie vom Pfandrecht (§. 715.). Webers Beyträge zur Lehre vom stillschweigenden Conventionalpfandrecht, S. 15. in den Versuchen über das Civilrecht rc. N. 2. pag. 82. rc.

(4) Anderer Meynung sind *Ant. Faber* coniect. lib. 19. cap. 15. *Coras.* ad rubr. tit. P. de servitut. n. 8. sqq. opp. tom. 1. p. 442. sqq. *Pragemann* diss. de genuina notione servitutis praediorum urbanorum (Ien. 1717.) cap. 4. S. auch *Waizenegger* de servitut. diss. 3. cap. 2. §. 12. pag. 351. sqq.

(5) *Thomasii* diss. de servit. stillicidii, §. 15. *Io. Sim. Beckenstein* diss. de inutilitate distinctionis inter servitutes urbanas et rusticas, (Regiom. 1725.) §. 11. sqq. Das Gegentheil behauptet *Waizenegger* l. c. §. 17. p. 355. dessen Argumente Beckenstein am a. O. widerlegt. Noch muß ich anmerken, daß die Servituten auch in *continuas* und *discontinuas* eingetheilt werden, wiewohl sich diese Ausdrücke bey den juristischen Classikern nicht finden. Man nennt nemlich servitutes continuas die, welche man ohne Unterbrechung genießet, z. B. servitus luminum, oneris ferendi; discontinuas, welche durch unterbrochene Handlungen ausgeübt werden, z. B. viae, itineris, pascendi etc.

§. 351. Grundsätze bey den Servituten.

Die Hauptgrundsätze bey den Servituten sind folgende: 1) Jede Servitut ist ein Recht auf einer fremden Sache; von meiner eigenen Sache ziehe ich Nutzen iure dominii, nicht iure servitutis. Dieß drücken die Römischen Juristen also aus: *res propria nemini servit* 2) Alle Dienstbarkeiten bestehen darin, daß der Eigenthümer des dienstbaren Gutes etwas leiden oder unterlassen muß; er muß z. E. leiden, daß ich über seinen Acker gehe, oder fahre; leiden, daß ich meine Dachtraufe in seinen Hof fallen lasse; leiden, daß ich die Balken meines Hauses in seine Mauer lege rc. rc.; oder er muß das Bauen unterlassen, wodurch mir mein Prospect verdorben würde; darf in seine eigene Wand keine Fenster machen; darf das Regenwasser von seinem Dache nicht auffangen, sondern muß mir es überlassen rc. rc. Keine Servitut kann also *in faciendo* bestehen. Pomponius sagt in der angeführten L. 15. §. 1. servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat. Um diese Regel zu verstehen, bemerke man: a) wenn ich einem verspreche, daß ich zum Nutzen seines Grundstückes etwas thun wolle; z. E. alle Jahre seine Aecker pflügen, seine Wiesen wässern, seinen Garten umgraben wolle; so verpflichtet dieses Versprechen mich und meine Erben;

es wird aber keine Servitut, kein dingliches Recht dadurch bewirkt. Der Andere hat ein bloßes ius ad rem gegen mich und meine Erben. b) Wenn ich spräche, daß alle künftigen Besitzer meines Grundstücks, die nicht meine Erben sind (successores singulares), etwas zum Besten eines Andern thun, daß z. E. alle Besitzer meines Landgutes die Aecker eines Andern pflügen sollten; so würde dieser Vertrag die künftigen Besitzer meines Landgutes gar nicht verpflichten. Warum aber das nicht? Einen befriedigenden Grund habe ich nicht finden können. Was man gewöhnlich sagt: servitutem *res* debet, non persona; res autem *facere* non potest; ist soviel als nichts gesagt. Denn man kann eben so wenig behaupten, quod res *pati* aut *non facere* possit; und wenn gleich eine Sache nichts thun kann, so können es doch die Besitzer der Sache (*1). Vielleicht haben die Römer geglaubt, ein Eigenthümer könnte, wenn man servitutes in faciendo consistentes zulasse, sein Grundstück mit so vielen und seltsamen Lasten beschweren, daß es allen Werth verlieren, und niemand es mehr würde haben wollen (*2).

Die Note bemerkt: daß die servitutes, bey welchen der Eigenthümer des praedii servientis etwas leiden muß, affirmative, die aber, wo er etwas unterlassen muß, negative heißen. Also z. E. die Servitut, über eines Andern Acker zu gehen, zu fahren, ist eine affirmative; hingegen das Recht, meinem Nachbar das Bauen auf dem seinigen zu verwehren, eine negative.

Ausserdem aber muß ich anmerken, daß es in Deutschland die sogenannten Bannrechte (*iura bannaria*) giebt, die man gewissermassen als servitutes in faciendo consistentes ansehen kann. Wir haben Bannmühlen, Bannschenken, Bannbrauhäuser, in welchen die Einwohner eines Orts ihr Getreide mahlen, ihr Getränke holen, ihr Bier brauen müssen. Ich sage gewissermassen; denn eigentlicher sind doch diese Bannrechte Privilegien, und zwar Monopolien. Sodann geschieht es zweytens sehr oft, daß alle Besitzer eines Gutes zu gewissen Abgaben oder Diensten verpflichtet sind; sie müssen z. E. den Zehenden von den Früchten liefern, Holzfuhren thun, u. s. w. Auch diese Rechte kann man servitutes in faciendo consistentes nennen (*3). Ob aber der Römische Grundsatz: servitus in faciendo consistere nequit, deßwegen in Deutschland ganz wegfalle, ist bestritten. Ich halte es mit Titius und Hommel, welche behaupten (*4), daß nach Deutschen Gewohnheiten eine Servitut in faciendo bestehen könne, wenn sie durch Verträge, oder auf andere gesetzliche Weise constituirt ist. Liegt aber kein solches rechtliches Fundament in der Mitte, so ist freylich der servien- nicht schuldig, etwas zu thun.

3) Alle Servituten sind untheilbar. Denn sie sind unkörperliche Dinge, und es ist unmöglich, sich die Hälfte, ein Drittheil rc. einer Servitut zu denken. Wenn daher a) jemand eine Servitut zu constituiren verspricht, und mit Hinter-

lassung mehrerer Erben stirbt: so kann jeder Erbe auf die Bestellung der Servitut belangt werden (heredes servitutem promittentis tenentur in solidum). Stirbt der, welchem die Servitut versprochen worden ist, und hinterläßt mehr als Einen Erben: so kann jeder Erbe auf die ganze Servitut klagen (singuli heredes stipulatoris solidum petunt (*5). b) Eine Servitut haftet daher auch auf dem ganzen dienstbaren Gut (vorausgesetzt, daß sie auf das ganze Gut, nicht auf einen bestimmten Theil (partem divisam) ertheilt ist); und wenn gleich ein Stück desselben zu Grunde gehet, z. E. wenn ein Stück des Gartens, auf dem ich den Nießbrauch habe, vom Wasser weggespült wird: so bleibt sie doch auf dem übrigen Theil. c) Wenn das herrschende Gut an mehrere Eigenthümer gelangt; so kann jeder die Servitut ausüben (*6). Endlich d) wenn ich eine Servitut habe, und nicht alles thue, was ich vermöge ihrer thun dürfte: so erhalte ich mir dennoch die ganze Servitut; z. E. wenn ich vermöge des Beholzigungsrechtes in einem fremden Wald alle Jahre 20 Klafter Holz fällen dürfte; und gleichwohl lange Zeit nur 12 gefället habe, so ist darum das Recht auf die ganze Anzahl der 20 Klafter nicht verlohren (*7).

Allein ist denn auch der ususfructus untheilbar? Viele Juristen (*8) halten ihn für theilbar, andere (*9) für untheilbar. Der ganze Streit ist Logomachie. Das Recht des Nießbrauchs ist untheilbar, so wie andere Servituten; der Genuß hingegen, die *perceptio fructuum*, kann getheilt werden (*10).

4) Nach den Römischen Gesetzen giebt es keine servitutes temporales; das heißt, ich kann einem keine Servitut bestellen auf eine gewisse Zeit (in diem), oder von einer gewissen Zeit an (ex die); auch nicht unter einer Bedingung. Den Grund dieser Verordnung hat Donellus (*11) weitläuftig untersucht. Sie gründet sich doch am Ende auf nichts, als Subtilitäten. Der Prätor, welcher dieses wohl begriff, gab mir daher exceptionem doli oder pacti, wenn ich jemanden eine Servitut unter einer solchen Einschränkung zugestanden hatte, und er die Einschränkung überschreiten wollte.

5) Die servitutes reales müssen causam perpetuam haben, das heißt, ein Recht, welches ich einem Andern als eine Realservitut geben will, muß a) so beschaffen seyn, daß es der Andere genießen kann, ohne von mir dabey einen Handdienst nöthig zu haben. Z. E. wenn ich in meiner Wand eine Oeffnung habe, durch welche das Wasser aus des Nachbars Hof in mein Haus laufen und meinen Fußboden abspülen kann; und mein Nachbar mir verspricht, jedesmal, so oft es nöthig ist, Wasser vor das Loch zu schaffen: so verbindet das Versprechen ihn, aber nicht alle künftige Besitzer seines Hofes. Diesen kann er diese Last nicht auflegen; es ist auch keine Servitut; denn eine Dienstbarkeit kann, wie wir wissen, nicht in faciendo bestehen. Eine Servitut hat aber

auch b) alsdann keine causam perpetuam, wenn der Nutzen, den man durch die Servitut ziehen will, so leicht erschöpft ist, daß man ihn nicht zu allen Zeiten, so oft man seiner bedarf, erhalten kann. Daher konnte man sich das Recht, aus einer Cisterne, und aus einem Teich, der keine Quellen hatte, Wasser zu schöpfen, nicht als eine Realservitut geben lassen (*[12]). Indessen hat der Prätor doch in diesem letzten Falle wieder erklärt, daß er einen jeden schützen wolle, der sich im Besitze eines solchen Rechts befände, wenn es gleich keine causam perpetuam hätte (*). Da heutzutage eine Servitut in faciendo bestehen kann; so wird auch im ersten Falle eine wahre Realservitut Statt finden (*[13]).

(1) Gmelin und Elsässer Beobachtungen, 4. B. 250. u. f. S.

(2) Weitläuftig handelt von dieser Materie *Io. Wilh. Summermann* in commentat. de natura servitutum ad L. 15. §. 1. D. de servit. qua doctrina iuris romani, quae servitutes in faciendo consistere posse negat, iuri naturali vindicatur. Berol. 1735. 4. Indessen haben mich seine Gründe nicht überzeugt. — Man sehe auch Thibaut in den Versuchen über die Theorie d. Rechts I. 2. In der That bringt aber doch der Begriff der Servituten, dem die Römischen Rechtsgelehrten strenge nachgingen, diesen Grundsatz schon mit sich; daher es nicht nöthig ist, noch andere Gründe dafür erst aufzusuchen. Bey einer Servitut ist ein Grundstück Object des Rechts. Sie kann also nicht in faciendo bestehen. Denn sonst würde nicht das Grundstück genutzt, nicht dieses, sondern der Eigenthümer desselben für seine Person dienstbar seyn. Zachariä v. dingl. Servitut. §. 10. bey Hugo Civ. Magaz. II. 3. 337. Die Nutzung eines fremden *praedii* als solchen findet nur Statt, wenn entweder der Berechtigte daselbst etwas vornehmen darf, oder eine gewisse Beschaffenheit desselben zum Besten des Berechtigten unverändert bleiben muß; also patiendo vel non faciendo. W.

(3) *Titius* in diss. de servitute faciendi (in collect. disp. num. 11.) §. 36. sqq. Runde deutsches Recht, §. 274 u. f. f. vergl. Weber über die Anwend. des Röm. Rechts in deutsch. Ger. in d. Versuchen über d. Civilr. Nro. 1. pag. 33.

(4) *Hommel* rhapsod. obs. 189. p. 178. S. auch Struben rechtl. Bed. 4. Band, Seite 404.

(5) L. 6. D. de servit.

(6) *Hoffmann* tract. de iure rerum individuar. cap. 3. sect. 2. aph. 3. p. 209.

(7) *Ramdohr* diss. de toto iure per partialem usum servato. §. 24. *Pufendorf* tom. 3. obs. 188. §. 29. Struben rechtl. Bed. 3. Theil, 167. Seite. *Car. Frid. Seeger* diss. de notione non usus servitutum praedialium praesertim partialis (Tubing. 1782.) §. 17. sqq.

(8) *Scip. Gentilis* tr. de divid. et individ. obligat. cap. 15. *Donell.* ad L. 2. D. de verb. oblig. *Goeddaeus* in tr. de contrah. de commit. stipulat. cap. 6. concl. 22. n. 295. sqq. *Cuiacius* lib. 12. obs. 13. *Franzkius* ad Pand. tit. de usufr. adcrescend. n. 20. *Pufendorf* tom. 3. obs 188. §. 34.

(9) *Hotomann.* in quaest. illustr. cap. 18. *Hunnius* ad *Treutler* disp. 27. th. 41.

(10) *Hoffmann* l. c. cap. 1. aph. 7. pag. 14. sqq. Daß die servitus oneris ferendi theilbar sey, wie Einige sagen, ist offenbar unrichtig. *Gentilis* l. c.

(11) *Donell.* in commentar. iur. civ. lib. 11. cap. 10. Man sehe auch *Iani a Costa* praelect. ad illustriores quosdam tit. iur. civ. (Lugd. Bat. 1773. p. 31.

(12) *Heineccii* diss. de causa servitutum perpetua. Hal. 17. . *Duirsema* coniectur. lib. 1. cap 5. *Otto* diss. cit. (§. 347.) cap. 2.

(*) L. 9. D. de servitut. praedior. rusticor. L. 2. D. commun. praedior.

(13) *Wiesand* opusc. pag. 168. sqq. *Leyser* sp. 107. med. 1.

§. 352. Wie die Realservituten entstehen?

Die reellen Dienstbarkeiten können auf mancherley Art entstehen: 1) durch Verträge, wenn ich einem die Servitut durch eine Schenkung, einen Kauf, Tausch u. d. gl. überlasse. Nur ist zu bemerken: wenn mir jemand eine affirmative Servitut durch einen Vertrag überläßt, so bekomme ich durch den Vertrag weiter nichts, als ein ius ad rem; die wirkliche Servitut, das dingliche Recht, erlange ich erst durch die Quasitradition; das heißt, der dominans muß die Servitut Einmal mit Vorwissen und ohne Widerspruch des servientis ausüben (*[1]). Anders verhält es sich bey negativen Servituten. Diese lassen sich nicht quasitradiren. Z. E. wenn mir mein Nachbar verspricht, in seine Wand keine Fenster zu machen, so habe ich eine negative Dienstbarkeit. Wie kann man aber diese quasitradiren? Daher erfordern die Gesetze die Quasitradition nur bey den affirmativen, nicht aber bey den negativen Dienstbarkeiten (*). 2) Durch letzte Willensverordnungen, z. E. ich vermache jemanden das Recht, daß er und alle Besitzer seines Landgutes in meinem Walde jagen dürfen. 3) Durch die Verjährung (*[2]). Mit dieser verhält es sich nach Justinianeischem Rechte also:

Wenn ich eine Servitut durch Verjährung erlangen will: so habe ich sie entweder durch einen rechtmäßigen Titel erworben, und *bona fide* ausgeübt, oder nicht. Im ersten Falle wird die Servitut binnen langer Zeit präscribirt, das ist, binnen zehn Jahren, wenn der Eigenthümer des dienstbaren Guts gegenwärtig ist; binnen zwanzig Jahren, wenn er abwesend war. Man muß sich den Fall denken, daß mir einer eine Dienstbarkeit bestellt, welcher dazu nicht befugt war. Denn wenn sie mir einer giebt, welcher dazu berechtigt ist, so acquirire ich die Servitut sogleich, und es bedarf keiner Präscription. Wir gehen zum zweyten Fall, wenn ich die Servitut nicht durch rechtmäßigen Titel erhalten, oder nicht bona fide ausgeübt habe. Fehlt es am Titel, aber bona fides ist doch vorhanden, so kann ich die Servitut durch die Präscription von dreyßig Jahren erwerben. Fehlt hingegen bona fides, so ist die Präscription der Servitut unmöglich; denn ohne bonam fidem kann ich schlechterdings nichts durch Verjährung erwerben (*[3]).

4) Endlich kann auch die Obrigkeit einem zuweilen von Amtswegen eine Servitut bestellen, wenn er nemlich ausserdem seine Sache gar nicht gebrau-

chen könnte. So kann z. E. einem Nachbar, wenn er seine Wiese sonst nicht benutzen kann, die Ueberfahrt über des Andern Wiese bestellt werden. Daß er ein billiges Aequivalent dafür bezahlen muß, versteht sich (**).

(1) Wie *Vinn.* ad §. 4. h. t. n. 6. gegen Bachov zeigt.

(*) Dieß wird zwar noch bestritten. Man sehe Heißler's Prüfung des gemeinen Satzes, ob die verneinenden Dienstbarkeiten ohne Uebergabe erlangt werden? in dessen juristischen Abhandl. Th. 1. vergl. *Pufendorf* T. 1. Observ. 32. §. 14. Daß bey negativen Servituten ein Quasibesitz iuris prohibendi Statt finde, dieser auch besonders zur Erlangung des Rechts durch Verjährung erforderlich sey, ist freylich nicht zu läugnen. Ein anders aber ist, ob, wenn Jemanden das Recht einer solchen Servitut durch Verträge ertheilt ist, noch außerdem eine Uebertragung des Besitzes erforderlich sey. Dieß läßt sich nicht beweisen, wohl aber kann man behaupten, daß durch den Vertrag, und die vermöge desselben geschehene Unterlassung, auch der Besitz des iuris prohibendi oder der negativen Servitut auf den Berechtigten übergehe. W.

(2) In der Geschichte der Legislation über diesen Artikel sind fünf Perioden zu unterscheiden. I. Die Gesetze der 12 Tafeln erlaubten die Usucapion der Dienstbarkeiten nicht. Sie redeten nemlich nicht davon, sagten nur, bewegliche Sachen sollten in Einem Jahre, unbewegliche in zwey Jahren usucapirt werden; man glaubte also, die Verjährung der Dienstbarkeiten sey stillschweigend verboten. II. In den mittlern Zeiten Roms, bis unter Augusts Regierung hin, wurde die Usucapion bey Dienstbarkeiten verstattet. *Pufendorf* Tom. 3. obs. 188. *Ian. a Costa* praelect. in ill. tit. iur. civ. p. 47. sqq. wenigstens bey servitutibus rusticis; denn in Ansehung der urbanarum ist die Sache zweifelhaft. *Otto* diss. de usucap. servit. cap. 2. §. 3. III Zu des K. Tiberius Zeit wurde durch das Scribonische Gesetz das alte Recht wieder eingeführt, und die Usucapion, die zweyjährige nemlich, der Servituten untersagt. Bey unsern Classikern ist es daher Grundsatz: servitutes usu non capiuntur L. 14. de servit. IV. Indessen führte doch der Prätor eine anomalische Art von Verjährung bey den Servituten ein, wovon ich sogleich mehr sagen werde. V. Justinian hat die *praescriptionem longi temporis*, von zehen oder zwanzig Jahren, bey den Dienstbarkeiten zugelassen. L. un. C. de usucap. transform. (VII. 31.) L. ult. C. de praescript. long. temp. (VII. 33.) Indessen ist auch die praescriptio longissimi temporis, von dreyßig Jahren, dabey nicht ausgeschlossen.

(3) Giebt es aber außer der bisher beschriebenen Verjährung der Servituten nicht noch eine andere, eine *anomalam* und *extraordinariam*, wie sie Einige nennen, bey welcher – ob sie gleich nur longi temporis – 10-20 Jahre – ist, dennoch kein Titel nöthig ist? Um diese Streitfrage zu beurtheilen, ist zu untersuchen: 1) konnte vor Justinian eine Servitut ohne Titel verjährt werden; 2) hat Justinian in der L. 12. in fin. C. de praescript. long. temp. die Nothwendigkeit eines Titels bey der Verjährung der Servituten vorgeschrieben?

Der Hauptsitz der sogenannten außerordentlichen Verjährung der Servituten ist die famöse L. 10. pr. si serv. vind. wo Ulpian sagt: si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei

necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo, sed *utilem habet actionem*, ut ostendat, per annos forte tot usum esse, non vi, non clam, non precario. Damit sind aber zu verbinden L. 1. in fin. de aq. et aq. pluv. wo es heißt: ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute, neque vi, neque precario, neque clam, habuisse longa consuetudine vel ex iure impositam servitutem videtur, eritque illa quasi servitus. Und L. 5. § 3. *de itin. act. priv.* wo Ulpian sagt: si quis servitutem iure impositam non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogativam, ex eo, quod diu usus est servitute, interdicto hoc uti potest. Deßgleichen L. 1. C. de servit. et aq. (III. 34.) is qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is qui pulsetur, nec vi, nec clam, nec precario possidet, und L. 2. eod. si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti. Wenn man diese Stellen zusammen nimmt, so läßt sich, ohne gewaltsame Erklärung, nichts anders daraus herleiten, als daß allerdings eine Servitut ohne Titel verjährt werden konnte. Dieß hat auch schon Accursius behauptet, und ihm treten bey *Donell.* commentar. lib. 1. cap. 12. *Fachinaeus* controv. lib. 8. cap 22. lib. 13. cap. 83. *Faber* coniectur. lib. 19. cap. 10. *Schifordegher* ad *Fabr.* tract. 6. Qu. 1. p. 43. sqq. *Vinn.* quaest. sel. lib. 1. Qu: 31. *Henr. Cocceii* diss. de praescript. extraordinar. §. 14. sqq. *Sam. Cocceii* iur. controv. tit. de servit. Qu. 6. *Otto* diss. de usucap. servit. cap. 2. §. 8. sqq. *Conradi* histor. usucap. pag. XXXIV. *Pufendorf* Tom. 1. obs. 32. §. 10. sqq. *Rave* de praescript. § 61. sqq. *Westphal* de libert. et servitut. §. 834. *Hofacker* princip. iur. civ. Rom. German. §. 1101. Groß Geschichte der Verjährung. pag. 57. Das Gegentheil, daß die außerordentliche Verjährung der Servituten im Römischen Recht nicht gegründet sey, vertheidigen: *Curat.* ad L. 14. de servit. in opp. Tom. 1. p. 501. sqq. *Duaren* disq. anniversar. lib. 1. disp. 34. *Raevard* ad L. Scribon. cap. 7. in *Conradi* trig. libellor. pag. 63. *Grangian.* in paradox. cap. 46. in *Otton.* thesaur. Tom. 5. p. 636. *Hert.* diss. de quasi possid. probante sect. 2. §. 3. *Tob. Iac. Reinharth* diss. de possessione ab onere probationis non relevante. §. 19. Sie sagen: es ist nicht zu glauben, daß die Juristen so sehr vom Scribonischen Gesetze sollten abgewichen seyn, daß sie die Verjährung der Servituten sogar ohne Titel sollten zugelassen haben. In den angeführten Stellen werde also weiter nichts behauptet, als dieß, daß einer der die Servitut zehen Jahre ruhig ausgeübt hat, im Besitz geschützt werden solle, so lang bis der Eigenthümer beweise, daß jenem die Servitut nicht zustehe. — Allein diese Erklärung, die allenfalls zur Noth bey der L. 10. si serv. vind. Statt finden könnte, wird durch die übrigen Stellen völlig widerlegt. Der Prätor hat sich wohl noch stärkere Abweichungen von den Civilgesetzen erlaubt, als die, von welcher hier die Rede ist. Die Juristen reden aber eben darum, weil die zehenjährige Verjährung mit dem Scribonischen Gesetz so wenig vereinbar war, sehr leise und vorsichtig davon. Sie brauchen das Wort praescriptio nicht, sondern *patientia*, oder *longi temporis praerogativa*. Sie sagen, durch die Verjährung erlange man *quasi* eine Servitut; consuetudo longi temporis *vicem praescriptionis obtinet*.

Was die zweyte Frage betrift, so behaupten Viele, z. E. *Lauterbach* col-

leg. tit. de servit. §. 14. *Leyser* sp. 110. n. 4. *Walch* controv. p. 195. edit. III. daß nach Justinianeischem Recht eine Servitut ohne Titel und guten Glauben nicht erlangt werden könne. Allein auch dieses ist nicht zu vertheidigen, da Justinian die vorhin angeführten Stellen der Juristen und Verordnungen der Kayser, welche von der außerordentlichen Verjährung ohne Titel handeln, in die Pandecten und den Codex aufgenommen hat. *Otto* l. c. §. 10. *Pufendorf* l. c. §. 17.

Uebrigens ist auch unter den Vertheidigern der außerordentlichen Verjährung streitig: 1) ob dieselbe schlechterdings die Wissenschaft des Eigenthümers erfordere, daß man nemlich die Servitut mit seinem Vorwissen ausgeübt haben müsse; oder ob es genug ist (wie z. B. *Huber* Eunom. ad L. 10. si serv. vind. behauptet), daß man die Servitut bey hellem Tage und öffentlich ausgeübt habe? 2) Wie lang die Ausübung der Servitut gedauert haben müsse, ob 10 Jahre hinreichend, oder ob eine unvordenkliche Zeit erforderlich, oder ob die Zeit dem Ermessen des Prätors überlassen gewesen sey? insonderheit 3) ob die servitutes discontinuae in langer, oder erst in unvordenklicher Zeit verjährt werden können? Ich halte dafür, daß die Wissenschaft des Eigenthümers nicht nöthig; daß eine Zeit von zehen Jahren hinreichend; und endlich, daß auch bey servitutibus discontinuis keine unvordenkliche Zeit erforderlich ist. Man s. Groß Geschichte der Verjährung. S. 55.

(4) *Hellfeld* pand. §. 628. *Leyser* sp. 109. med. 9. *Wiesand* pr. de servitute necessaria. Viteb. 1784. Von einer durch die Natur selbst auferlegten Servitut s. unten §. 1098. und *Otto* diss. (§. 347.) cit. cap. 3.

§. 353. Wer ist bey den Servituten zur Ausbesserung des Gegenstandes verbunden.

Wenn die Frage entsteht: wer ist zu Ausbesserung des Gegenstandes verbunden, der zur Ausübung der Servitut erforderlich ist; z. E. wer ist verbunden, die Pumpe ausbessern zu lassen, wenn ich das Recht habe, aus des Nachbars Brunnen Wasser zu holen, den Weg auszubessern bey der servitute viae? so ist entweder etwas darüber ausgemacht, oder nicht. Im ersten Falle gilt der Vertrag, und verpflichtet nicht nur den Promittenden und dessen Erben, sondern auch alle künftigen Besitzer des praedii servientis (*1). Ist hingegen nichts ausgemacht, so muß der Eigenthümer des herrschenden Gutes die Ausbesserung übernehmen (*2). Er ist nicht dem *servienti* zur Ausbesserung verbunden, so, daß ihn dieser darauf belangen könnte, sondern er muß es seines eigenen Nutzens wegen thun, wenn er die Servitut ausüben will. Allein eben so wenig kann auch der dominans den Servienten auf die Reparatur verklagen: dieser ist befugt, den Gegenstand der Servitut ganz verfallen zu lassen, wenn er will.

(1) L. 6. §. 2. D. si servit. vind. Etiam in servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat, et *aedificia reficiat, ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est.* S. auch L. 33. de S. P. V. *Huber* praelect. ad P. tit. de servit. n. 3. in fin. *Boehmer* de act. sect. 2. §. 39.

(2) Nicht

(a) Nicht alle Rechtsgelehrten nehmen dieß an. Unsre Meynung vertheidigen *Huber* prael. ad Pand. tit. de servitut. n. 2. *Walch* controv. p. 67. sqq. edit. III. vergl. jedoch *Hellfeld* iurisprud. fores. §. 667. Andere behaupten, der Regel nach sey zwar der Eigenthümer des herrschenden Grundstückes zur Ausbesserung verbunden, aber bey der servitute oneris ferendi sey eine Ausnahme zu machen. Man s. die bey dem § 357. angeführten Schriften. Noch Andere wollen einen Unterschied gemacht wissen; wenn, sagen sie, der Gegenstand der Servitut dem Herrn des herrschenden Gutes zugehört, so muß er repariren. Wenn ich z. B. das Recht hätte, Röhren zur Wasserleitung in ein fremdes Grundstück zu legen, so müßte ich auch diese Röhren ausbessern. Gehört hingegen der Gegenstand der Dienstbarkeit dem Eigenthümer des dienenden Grundstückes, so sey dieser zur Reparatur verbunden. Dieser Meynung ist Heißler in einer Abhandlung: Erörterung der Frage: ob in Dienstbarkeiten der Herr des dienstbaren Gutes zu repariren schuldig sey? in Schotts jurist. Wochenbl. 2. B. 618. u. f. f. S. Unsre Meynung gründet sich in der L. 6 §. 2. cit wo es heißt: in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem asserit. Daß hier blos die Meynung des Gallus angeführt, aber nicht gebilligt werde, läßt sich mit Heißler a. a. O. nicht behaupten. Ob in der servitute oneris ferendi eine Ausnahme zu machen sey, davon §. 357. — — Nach der dort vorkommenden Erklärung des Ausdrucks: *pertinet*, ist aber auch L. 6. §. 2. cit. hier nicht füglich als beweisend für die Meynung des Verfassers anzunehmen. W.

§. 354. Die Dienstbarkeiten sind nicht theilbar.

Die Servituten sind untheilbar, man muß sie einem ganz geben oder gar nicht. Daß man sich einen Theil einer Servitut geben lasse, gehet nicht an. Indessen ist es gar wohl erlaubt, die Ausübung der Servitut auf Zeiten, Oerter oder andere Art einzuschränken. Ich kann einem z. E. die Weidgerechtigkeit, aber nur in gewissen Monaten, nur mit einer gewissen Anzahl Vieh, nur in gewissen Feldern geben; ich kann Einem das Recht geben, drey und nicht mehr, offene Fenster nach meinem Hofe zu haben ꝛc.

§. 355. Welches sind die servitutes praediorum urbanorum?

Die servitutes praediorum urbanorum sind: servitus oneris ferendi, tigni immittendi (das Trammrecht), proiiciendi, protegendi, stillicidii vel fluminis recipiendi (Dachtraufsrecht), vel non recipiendi, altius tollendi vel non tollendi, luminum et ne luminibus officiatur (Fensterrecht), prospectus et ne prospectui officiatur (das Recht der Aussicht). Man bemerke nur, wenn diese Dienstbarkeiten unter die urbanas gerechnet werden: so ist dieß nicht so zu verstehen, als ob sie alle schlechterdings urbanae seyn müßten. Nein, sie werden hier nur urbanae genannt, weil sie es meistens sind. Einige davon, die servitus stillicidii non recipiendi, altius non tollendi und ne prospectui officiatur, können auch rusticae seyn. Wenn nemlich ein Anderer das von seinem Dach fallende Regenwasser nicht

auffangen, sondern mir zum Besten meines Gartens überlassen muß: so ist servitus stillicidii non recipiendi eine rustica. Wenn der Nachbar nicht höher bauen darf, um meinem Garten Sonne und Luft nicht zu benehmen: so ist servitus altius non tollendi eine rustica. Wenn er mir den Prospect aus meinem Garten nicht verderben darf: so ist eine rustica servitus, ne prospectui officiatur, vorhanden (*1).

(1) *Merill.* ad §. 2. I. h. t. *Berger* resolut. LL. obst. lib. 8. tit. 1.

§. 356. Von der servitute oneris ferendi.

Die erste servitus urbana ist also *servitus oneris ferendi.* Sie bestehet in dem Recht, mein Gebäude auf einem Fundament ruhen zu lassen, das einem Andern gehört; z. E. auf einer Säule, Wand, Mauer, einem Gebäude des Andern. Strube (*1) hat einen Fall, wo ein Nachbar seinen Keller unter des Andern Haus hatte, wo also dem Haus die servitus oneris ferendi auf dem Kellergewölbe zustand.

(1) Rechtl. Bed. 4. B. 158. Bed.

§. 357. Fortsetzung.

Bey dieser Servitut entstehet zuweilen die Frage: wer das Fundament im Fall, daß es schadhaft wird, zu repariren schuldig sey? Man mache auch hier wieder den §. 353. vorgetragenen Unterschied, entweder ist darüber etwas ausgemacht (welches dann wohl bey den Römern gewöhnlich geschah), oder nicht. Im ersten Falle bleibt es bey dem Vertrag (*1); im letzten aber behaupten die meisten Juristen (*2), der Herr des dienstbaren Gutes müsse repariren, und sagen daher, die servitus oneris ferendi sey anomala, unregelmäßig, weil sie in faciendo bestehe. Allein richtiger ist, daß keiner, weder der Herr des dienstbaren, noch des herrschenden Gutes dem Andern zu der Reparatur verbunden ist; keiner den Andern dazu zwingen kann (*3). Will indessen der Eigenthümer des Gebäudes es nicht einfallen lassen: so muß er freylich seines eigenen Vortheils wegen das Fundament repariren (*4).

(1) Indessen kann der serviens, wenn ihm die Reparatur zu lästig wird, seine Sache derelinquiren. L 6. §. 2 in fin. si serv. vind.

(2) *Manz* tract. de servitutibus tit 2. quaest 6. num. 4. in bibl. aurea. tom. 1. p. 227. *Müller* ad *Struv.* Ex. 13. thes 9. tit. *β* *Stryk* in usu mod. tit de servit. praed. rust. §. 2. *Cocceii* in iure controv. tit de servitut. quaest. 11. *Voetius* ad Pand tit. de servitut. praed. urb. §. 1. *Lauterb.* coll. theor. pr. eod. tit. §. 2. *Koch* de iure viciniae cap. 3. §. 5. ibique *Beck* p. 533.

(3) Denn in keinem Gesetz ist die servitus oneris ferendi von der allgemeinen Regel ausgenommen. In der L. 8. pr. si servitus vind. heißt es zwar: *sicut autem refectio parietis ad vicinum pertinet,* ita fultura aedificiorum vicini, cui servitus debetur, quamdiu paries reficietur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere. Allein es läßt sich nicht beweisen, daß das Wort pertinet so viel heiße: der serviens sey dem *dominanti* verbunden zu repariren. In eben

dieser Stelle §. 2. steht: distant autem hae actiones (nemlich confessoria ex servitute oneris ferendi und confessoria ex servitute tigni immittendi), quod superior quidem locum habet etiam ad compellendum vicinum reficere parietem, haec vero locum habet ad hoc solum, ut tigna suscipiat. Man kann und muß aber, wenn Ulpian, der in der L. 5 §. 2. eod. sagt: in *omnibus* servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem asserit, sich nicht widersprechen soll, annehmen, daß er in der L. 8. von dem Falle rede, wo der serviens sich durch einen Vertrag zur Ausbesserung anheischig gemacht hat, von welchem Fall auch L 33. D. de S. P. V. handelt. Es ist auch der Natur der Sache gemäß, daß der serviens nicht zur Reparatur verbunden sey; denn dadurch, daß ich einem Andern erlaube, auf meine Fundamente zu bauen, mache ich mich nicht verbindlich, das Fundament zu repariren: und es ist nicht zu glauben, daß die Römischen Gesetzgeber von ihrer Regel, keine Servitut besteht im Thun, bey der servitute oneris ferendi so weit sollten abgewichen seyn, daß sie den servientem, auch außer dem Fall eines Vertrags, sollten zur Ausbesserung verpflichtet haben. Einige alten Juristen behaupteten sogar, der Vertrag, daß der serviens repariren solle, verpflichte nicht jeden Besitzer Indessen drang die gegentheilige Meynung durch L. 6. §. 2. cit. *Otto* diss. (§. 347.) cit. cap. 4. — — Zachariä von den dinglichen Servituten § 10. sucht die Sache auf eine andere Art zu erklären, die aber, wie schon Hugo, im Civ. Magaz. II 3. 3;o. bemerkt hat, noch keineswegs befriedigend ist W.

(4) Strube a. a. O. *Walch* controv. iur. civ. sect 2. cap. 3. § 23 pag. 167. edit. III. *Heineccii* elem. iur. civ. sec. ord. Pand. tit. de S. P. V. §. 142. *Hellfeld* ad Pand. eod. tit. §. 667.

§ 358. Von der servitute tigni immittendi.

Die servitus *tigni immittendi*, das **Trammrecht**, ist das Recht, einen hervorragenden Theil meines Gebäudes, einen Balken, Stein, eine eiserne Klammer u. d. gl. in des Nachbars Wand zu schieben. Ohne eine Servitut bin ich nicht befugt, irgend etwas von meinem Gebäude in des Nachbars Wand zu schieben, und wenn ich es dessen ungeachtet thue, so kann es der Nachbar eigenmächtig herausschlagen. Was ist aber Rechtens, wenn ich das Trammrecht erhalten habe, und die Balken abfaulen, bin ich alsdann befugt, neue einzulegen? Nach der gesunden Vernunft, ohne Zweifel. Indessen scheint Pomponius in der L. 14. D. si servit. vind. das Gegentheil zu behaupten (*1), und die alten Ausleger nennen daher die Stelle textum mirabilem. Sie läßt sich aber ganz wohl von dem Falle erklären, wenn ich mehr Balken einlegen will, als ich bisher in der Wand liegen hatte, und als ich einzulegen befugt bin (*2).

(1) Er sagt: Si cum meus proprius esset paries, passus sim te immittere tigna, quae antea habueris, si nova velis immittere, prohiberi a me potes; immo etiam agere tecum potero, ut ea, quae nova immiseris, tollas.

(2) *Anton Faber* in rational. ad L. 14. cit. *Voet.* ad Pand. tit. de servitut. praed. urb. num. 2. Anders erklärt die Stelle *Huber* ad Inst. h. t. n. 6.

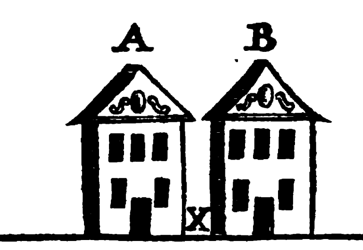
§. 359. **Von der servitute proiiciendi und protegendi.**

Servitus *proiiciendi* besteht in dem Recht, einen Theil meines Gebäudes über des Andern Grundstück in seine Luft ragen zu lassen, doch so, daß es nicht auf dem Grundstück ruhet (*[1]); z. E. also das Recht, einen Erker über des Nachbars Garten anzulegen. Die Luft, welche über meinem Grundstück ruhet, ist mein, und niemand darf ohne meine Erlaubniß hin bauen (§. 272.). Gebe ich einem diese Erlaubniß, so heißt es servitus proiiciendi. Die servitus *protegendi* bestehet in dem Recht, ein Wetterdach (protectum) über des Andern Grundstück an meine Wand zu machen. Denn auch dieses darf ich ohne Servitut nicht machen, weil es in des Andern Luft ist.

(1) Also sie besteht nicht, wie Einige sagen, in dem Recht, etwas auf des Nachbars Grund zu schütten, oder zu werfen.

§. 360. **Von der servitude stillicidii.**

Stillicidium heißt das Regenwasser, welches tropfenweise vom Dache fällt, kurz, die Dachtraufe; flumen, das Regenwasser, das in Kanäle gesammelt, sich herunterstürzt. Wenn der Nachbar leiden muß, daß meine Dachtraufe auf sein Grundstück fällt, so ist es servitus *stillicidii recipiendi*; und wenn ich das Wasser durch Kanäle auf seinen Grund leiten darf, so ist es servitus *fluminis recipiendi*. Die servitus *stillicidii* und *fluminis non recipiendi* können auf zweyerley Art vorkommen: 1) wenn ich mein Regenwasser nicht an einen Ort fallen lassen darf, wo es nach den gemeinen Rechten hinfallen dürfte, z. E. nicht in den Zwischenraum X meines Hauses A, und des benachbarten Hauses B.



2) Wenn ich das Regenwasser, welches auf mein Dach fällt, nicht auffangen, sondern dem Nachbar zu seinem Nutzen überlassen muß. In dieser letzten Form kann sie an solchen Orten, wo das Quellwasser selten ist, und man sich des Regenwassers zum ökonomischen Gebrauch bedient, nützlich seyn.

§. 361. **Von der servitute altius tollendi und non tollendi.**

Die servitus *altius non tollendi* bestehet ohne Zweifel in dem Recht, meinem Nachbar das Höherbauen seines Hauses zu wehren. Nach der natürlichen Freyheit kann jeder so hoch bauen, als er will. Mir kann aber we-

gen des Windes, wegen der Sonne, und wegen anderer Ursachen viel daran gelegen seyn, daß mein Nachbar sein Haus nicht höher baue, als es jetzt ist. Lasse ich mir also von ihm versprechen, daß er nicht höher bauen wolle, so habe ich servitutem altius non tollendi. Was hingegen *servitus altius tollendi* gewesen sey, ist schwer zu sagen, und sehr controvers. Selchow hat die verschiedenen Meynungen gesammlet (*1). Die richtigste Erklärung ist folgende: man hatte in Rom Gesetze, welche bey dem Bauen gewisse Regeln vorschrieben, doch so, daß die Nachbarn dessen, der bauen wollte, ihn von der Regel dispensiren konnten. Eins der neuesten dieser Gesetze ist die L. 12. Cod. de aedif. privat. (VIII. 10.) wo es heißt: wer sein altes Haus renovirt, soll die vorige Höhe (veterem formam) beybehalten; wer ein neues baut, soll dem Nachbarn weder Licht noch Prospect nehmen, ausgenommen a) wenn er zwischen dem neuen Gebäude, und des Nachbars Hause 12 Schuhe Raum läßt; oder b) der Nachbar ihm durch einen Vertrag das Bauen erlaubt. Erhielt ich also die Erlaubniß von dem Nachbar, mein Haus höher zu bauen, als es vorher gewesen war; oder erlangte dieses Recht durch die Verjährung, si longo tempore ita aedificatum habueram (*2): so hatte ich servitutem altius tollendi (*3). Insgemein heißt es, daß heutigestags diese Servitut nicht wohl vorkommen könne, weil die Römischen Baugesetze bey uns nicht angenommen seyen (*4); und obgleich in manchen Deutschen Policeyordnungen auch den Häusern eine gewisse Höhe vorgeschrieben sey, so seyen doch die Nachbarn nicht befugt, dagegen zu dispensiren. Allein ich bin dieser Meynung nicht. Wenn auch gleich manche im Codex enthaltenen Baugesetze, als bloße Policeyordnungen bey uns nicht gelten, so läßt sich dieß doch von der angeführten L. 12. da sie das Mein und Dein betrifft, nicht behaupten (*5). Wenn also nicht durch Particulargesetze etwas über die Höhe der Häuser festgesetzt ist, und mein Nachbar bauen will, so muß er die Vorschrift der L. 12. beobachten, oder von mir die Erlaubniß suchen, sie zu überschreiten. Ist in einem Deutschen Gesetze hingegen den Gebäuden eine bestimmte Höhe vorgeschrieben, so kann zwar kein Nachbar dem andern erlauben, höher zu bauen. Allein auch da kann die servitus altius tollendi vorkommen, wenn nemlich mein Nachbar zwar nicht höher bauen, aber doch die Vorschrift der L. 12. nicht beobachten will.

(1) Diss. de servitute altius tollendi romana eiusque ad Germaniam habitu, in electis iur. civ. num. 1. Man sehe auch des Freyherrn Renat. Carl von Senkenberg meditationes iurid. histor. medit 1. wo die Meynung der Glosse, Pagenstechers und Sammets (in opusc. pag. 62.) vertheidigt wird, vermöge deren servitus altius tollendi das Recht ist, ein Stockwerk auf meines Nachbars Haus zu setzen. Allein §. 2. I. de act verglichen mit des Theophilus Paraphrase, stehen dieser Meynung entgegen.

(2) L. 1. C. de servit. (III. 34.).
(3) *Vinn.* ad §. 1. h. t. n. 6. et ad §. 2. de act. *Leyser* sp. 462. m. 15.
(4) *Struv.* de aedific. privat. § 47. *Leucht* de iure fenestrarum cap. 2. §. 9.
(5) Decis. Cassellan. Tom. I. Dec. 27. — Hiebey ist aber noch zu bemerken, daß cit. L. 12. C. de aedif. privat. zu den nicht glossirten Gesetzstellen gehört, obgleich L. 13. C. ibid. worin Justinian jene Constitution seines Vorfahren Zeno als allgemein geltend bestätigt, in den ältern glossirten Ausgaben allerdings befindlich ist. Dabey heißt es von der constit. Zenonis divae memoriae (cit. L. 12.) in der Glosse: sed ubi est? Mit gedachter L. 12. ist noch zu vergleichen L. 10. pr. D. de servit. praed. urban. die den Auslegern viele Mühe gemacht hat, über beyde Gesetze aber nachzusehen: *Westphal* de libert. et servit. praedior. §. 108. etc. W.

§. 362. Von der servitute luminum und ne luminibus officiatur.

Ein jeder kann in seine eigene Wand nach dem Römischen Rechte so viele Fenster machen, als er will (*1). Allein der Nachbar darf auch diese Fenster (wenn er nur die im vorigen §. angeführte Vorschrift der L. 12. befolgt), verbauen (*2), wiewohl einige Rechtsgelehrten mit Grund die Ausnahme machen, wenn er aus bloßem Neid, mir zum Trotz ein Gebäude aufführen wolle, das ihm gar nicht nützlich wäre (*3). Will ich also Fenster haben, die mir mein Nachbar nicht verbauen darf, so muß ich mir eine Servitut geben lassen.

Wie ist aber servitus luminum und ne luminibus officiatur, verschieden? Einige sagen, wenn ich in meine eigene Wand Fenster machen will, so muß ich mir servitutem ne luminibus officiatur geben lassen; will ich hingegen in eines Andern oder in einer gemeinschaftlichen Wand Fenster anlegen, so habe ich servitutem luminum nöthig. Andere sagen: wer schon Fenster in der Wand hat, der läßt sich servitutem, ne luminibus officiatur geben; wer aber dergleichen erst machen will, sucht servitutem luminum zu erhalten. Noch Andere glauben, servitus luminum gebe nur ein Recht auf das nothdürftige Licht; wer hingegen servitutem ne luminibus officiatur hätte, der könnte verlangen, daß ihm der Nachbar auch nicht das mindeste von seinem Licht benehme. Auf die ganze Sache kommt wenig an (*4). Uebrigens ist es an vielen Orten in Deutschland nicht erlaubt, daß ich in meine eigene Wand Fenster mache, durch welche ich in des Nachbars Hof oder Garten sehen kann (*5).

(1) Arg. L. 8. § 5. D. si serv. vind. iunct. L. 2. pr. et § 19. D. ne quid in loc. publ. et L. 1. ne quid in loc. sacr. *Donell.* lib. 11. commentar. cap 5. *Mev.* ad ius Lub. part. 3. tit. 12. art. 13. num. 8. *Struv.* de aedif. privat. §. 31. *Pufendorf* tom. 1. obs. 196. Cramer Nebenst. part. 35. n. 12. *Koch* de iure vicin. pag. 209. *Leucht* de iure fenestrar. cap. 2. §. 8. *Walch* controvers. p. 171. edit. III. Anderer Meynung sind: *Cuiac.* lib 1. obs. cap 31. *Duarenus* in disp. anniversar. lib. 1. cap. 33. Sie berufen sich auf L. 4. de serv. praed. urb. wo Paullus sagt: luminum servitute constituta, id adquisi-

tum videtur, ut vicinus *lumina nostra excipiat*. Dieß kann aber soviel heißen, daß der Nachbar meine Fenster leide und nicht verdunkle; und muß es heißen, da es eine ausgemachte Regel ist: in suo quilibet facere potest, quod libet, modo nihil immittat in alienum *Vinn.* ad § 1. h. t. n. 8.

(2) *Thomasii* diss. non ens actionis forensis contra aedificantem ex aemulatione, in collect. diss. vol. 2. n. 61. *Leyser* sp. 107 med 3.

(3) *Stryk* us. mod. tit. de serv. pr. urb. §. ult. *Koch* de iure vicin. p. 446. et p. 476. *Cramer* opusc tom 2 p. 207. sqq. *Io. Frid Weidler* diss. de usu remedii contra aedificantem ex aemulatione §. 11. sqq. Das Gegentheil behaupten *Thomasius* in diss. non ens actionis forensis contra aedificantem ad aemulationem in diss. collect. tom. 2 num 61 *Georg Schulz* diss de actione contra aedificantem ex aemulatione. Regiom 1712. und Andere.

(4) Indessen ist es eine Cautel für den, der sich die servitutem luminum geben läßt, daß er sich ausdrücklich ausbedinge, es solle ihm nicht das mindeste vom Licht benommen werden. *Wernher* sel. obs for. tom. 3. part. 1. obs. 7.

(5) *Pufendorf* tom. 1. obs. 196 et animadvers. 33. Runde deutsches Recht. §. 254.

§. 363. Von der servitute prospectus und ne prospectui officiatur.

Zuweilen ist mir nicht blos daran gelegen Licht, sondern auch freye Aussicht zu haben (*1), und diese kann mir benommen werden, ohne daß ich das geringste vom Licht verliere. In diesem Falle muß ich servitutem prospectus, oder ne prospectui officiatur, von den Nachbarn zu erhalten suchen. Auch der wahre Unterschied dieser beyden Servituten ist nicht bekannt. Donellus und Noodt (*2) glauben, sie seyen ganz einerley. Hunnius (*3) sagt, servitutem prospectus läßt sich derjenige geben, welcher Fenster machen will, ne prospectui officiatur aber, wer sie schon gemacht hat. Gemeiniglich glaubt man, sie seyen dem Grade nach verschieden, das heißt, einer, der servitutem prospectus habe, könne nur verlangen, daß man ihm nicht alle Aussicht verbaue. Wer hingegen servitutem, ne prospectui officiatur, erhalten habe, der könne dem Nachbar alles wehren, was den Prospect nur im mindesten verdirbt (*4).

(1) Prospectus, sagt Paullus in der L. 16. cit. etiam ex inferioribus locis est, lumen ex inferiore loco esse non potest. Das Licht kommt nicht von unten. Wenn also jemand nicht höher bauet, als meine Fenster sind, so verliere ich nichts vom Licht; am Prospect aber kann ich doch viel verlieren.

(2) *Donell.* Commentar iur. civ. lib. 11. cap. 5. *Noodt* ad Pand. tit. de S.P.V.

(3) *Hunn* in resolut pag. 307.

(4) *Pufendorf* animadvers l. c

§. 364. Von den servitutibus praediorum rusticorum; und zwar itineris, actus, viae.

Die servitutes praediorum rusticorum sind iter, der Fußweg; actus, Viehtrieb; via, der Fahrweg; aquaeductus, die Wasserleitungs-Gerechtigkeit; aquaehaustus; pecoris ad aquam adpulsus, die Viehtränke; ius pascendi, das Weidgangsrecht; ius calcis coquendae; arenae fodiendae;

cretae eximendae etc. Ich muß aber hiebey die Bemerkung wiederholen, die ich schon bey dem §. 355. von den servitutibus urbanis gemacht habe. Die hier genannten Servituten nemlich sind nicht nothwendig rusticae. Die meisten können auch urbanae seyn, wenn sie nemlich zum Nutzen eines Gebäudes bestellt werden. Z. E. wenn ich, um bequemer zu meinem Hause zu kommen, mir das Recht geben lasse, durch des Nachbars Hof zu gehen, oder zu fahren: so ist die servitus itineris oder viae eine urbana.

Einige dieser Servituten verdienen noch eine besondere Betrachtung. *Servitus itineris* nemlich ist das Recht, über ein fremdes Grundstück zu Fuß zu gehen, ius eundi, ambulandi, heißt es im Text (*[1]); *servitus viae*, das Recht, darüber zu fahren; endlich *servitus actus*, das Recht, Vieh darüber zu treiben. Es fragt sich aber, wie viel Raum kann einer verlangen, dem ich eine dieser drey Servituten gegeben habe? Vor allen Dingen kommt es darauf an, ob etwas darüber ausgemacht ist, oder nicht. Wenn nichts ausgemacht ist, so kann der, welchem servitus viae zusteht, einen Raum verlangen, welcher 8 Fuß breit ist, da wo der Weg gerade gehet, und 16 Fuß breit, da wo er sich krümmt; weil man hier zum Wenden des Wagens einen größern Raum nöthig hat. Die Gesetze der Zwölftafeln schreiben dieß schon vor. Via, sagen sie, in porrecto 8 pedes, in anfracto 16 pedes lata esto. Die Breite des Weges bey der servitute actus und itineris ist in den Römischen Gesetzen nicht festgesetzt. Sie wurde daher, wenn Streit entstand, nach richterlichem Ermessen (per arbitros) bestimmt. Wer servitutem actus hatte, konnte indessen wenigstens einen 4 Fuß breiten Weg fordern (*[2]).

(1) Ire heißt in Geschäften, ambulare spatzieren gehen. *Heinecc.* ad *Vinn.* pr. h. t. p. 208.

(2) L. 8. D. de S. P. V. *Varro* de lingua lat. lib. 4. cap. 4. p. m. 10. Wie ist aber Ulpian zu verstehen, wenn er L. 1. D. eod. sagt: actus est ius agendi iumentum, vel *vehiculum*. Wenn actus das Recht zu fahren begreift, und via auch das Recht zu fahren ist: so scheinen beyde Servituten einerley zu seyn. Man hat diese Stelle auf mancherley Art zu erklären gesucht: 1) Bynkershoek observ. lib. 4. cap. 7. glaubt, via sey acht Schuhe, actus nur vier breit gewesen, und habe nur das Recht enthalten, mit einem Schubkarren zu fahren. Allein es ist falsch, daß actus nur vier Schuhe hielt; die Breite variirte, wie Javolenus lehrt, L. 13. §. 2 eod. Und Paullus L. 7. D. eod. sagt, wer actum habe, könne *cum plaustro* fahren. Plaustrum aber kann doch wohl keinen Schubkarren bedeuten. 2) *Ritter* diss. de itineris actus et viae differentia adiect. Theophil. *Reiz* Exc. XIX. behauptet, via sey acht, actus vier Schuh breit gewesen; via habe das Recht gegeben, mit einem großen, actus aber nur mit einem kleinen Wagen zu fahren. Auch diese Meynung läßt sich nicht vertheidigen; denn, wie gesagt, die Voraussetzung, actus sey nur vier Schuh breit gewesen, ist falsch. 3) *Schott.* diss. de vero actus et viae discrim. opusc. pag. 231. sqq. nimmt an, via habe nothwendig drey Stücke begrif-

begriffen, das Recht zu fahren, Vieh zu treiben, und zu gehen; actus habe auch diese Rechte in sich gefaßt, aber nicht nothwendig; man habe durch Verträge das Recht zu fahren und zu gehen davon absondern können. Auch diese Meynung scheint mir unrichtig, aus folgenden Gründen: a) es ist nicht erwiesen, daß via nothwendig jene drey Rechte in sich begriffen habe, und b) wäre es doch eine gar sonderbare Grille, wenn man zwey Rechte A und B dadurch und deswegen unterscheiden wollte, weil A die Stücke x y und z nothwendig enthalte; B zwar auch diese Stücke in sich fasse, aber nicht nothwendig. c) Gesetzt, jemand giebt mir das Recht zu fahren, Vieh zu treiben, und zu gehen. Nach der Schottischen Meynung kann niemand sagen, ob er mir viam oder actum ertheilt habe. Ich glaube daher, der wahre Unterschied zwischen via und actus lag in der Absicht dessen, der sich eine dieser Servituten geben ließ. Kam es ihm hauptsächlich darauf an, über das fremde Grundstück fahren zu dürfen, und er ließ sich dieses Recht geben, so war es via. Wollte er aber nun zuweilen auch einmal Vieh daher treiben, so war ihm dieses der Regel nach (§. 565.) erlaubt. War sein Hauptzweck hingegen nur einen Viehtrieb zu haben, und er ließ sich dieses Recht geben, so hieß es actus. Wenn er indessen auch manchmal über das Grundstück fahren wollte, so war es ihm nicht verwehrt; vorausgesetzt, daß der ihm zum Viehtrieb verstattete Weg so breit war, daß man darüber fahren konnte; und bey der Bestellung der Servitut nicht ein anderes ausbedungen worden war.

§. 365. Fortsetzung.

Wer ein Recht auf das Mehrere hat, der ist auch der Regel nach zu dem Mindern befugt. Daraus folgt, 1) einer, der das Recht zu fahren hat, darf auch Vieh treiben, und zu Fuß gehen, und zwar nicht etwa blos das Vieh treiben, welches er vorgespannt hat, sondern auch anderes; er darf nicht etwa blos neben dem Fuhrwerk hergehen, sondern auch allein. 2) Wer das Recht, Vieh zu treiben, hat, der ist auch berechtigt, zu Fuß über den Weg zu gehen, und zwar auch alsdann, wenn er ohne Vieh gehen will (*1). Indessen kann durch Verträge ein anderes festgesetzt werden. Ich kann einem das Recht zu fahren geben, und mir dabey ausbehalten, daß er ausser dem Falle, wo er fährt, kein Vieh über den Weg treibe, auch nicht zu Fuß darüber gehe. Gleichergestalt kann ich einem den Viehtrieb verstatten, und ausbedingen, daß er, wenn er kein Vieh treibt, nicht über den Weg gehen solle (*2).

(1) Prooem. I. h. t. *Donellus* lib. 11. commentar. cap. 6. *Cuiac.* obs. lib. 2. cap. 35. *Hunnius* in resolut. lib. 2. tract. 2. quaest. 3. Anderer Meynung ist *A. Faber* in coniectur lib. 1. cap. ult.

(2) *Car. Frid. Walch* de actu minus pleno, §. 6. in opusc. vol. I. Sect. 1. pag. 113. sqq.

§. 366. Fortsetzung.

Servitus aquae ductus, die Wasserleitungsgerechtigkeit ist das Recht, Wasser in Kanälen oder Röhren durch das Grundstück eines Andern zu führen; *servitus aquae haustus*, das Recht, aus der Quelle, dem Brunnen, dem

Teich eines Andern Wasser zu nehmen (*[1]); *ius pecoris ad aquam adpulsus*, die Befugniß, mein Vieh an den Brunnen, Teich, Bach des Andern zur Tränke zu treiben; *ius pascendi;* das Recht, mein Vieh auf die Weide eines Andern zu führen. Von dieser Servitut ist das *ius compascendi*, und das *ius compascui* verschieden. Wenn nemlich ein Anderer das Recht hat, auf meinem Grundstück zu weiden: so bin ich vermöge des Eigenthumsrechts befugt, mein Vieh mit dahin zu treiben, und dieß heißt ius compascendi. Wenn ich mein Vieh auf eines Andern Weidgang, und er das seinige auf meine Weide treibt, so ist ein compascuum, Koppelhute vorhanden (*[2]). Das *ius calcis coquendae* ist das Recht, Kalk auf des Andern Grundstücke zu brennen; *ius arenae fodiendae*, das Recht, Sand aus des Andern Grube zu nehmen; *cretae eximendae*, die Befugniß, Kreide oder andere weiße Erde (welche die Römer zum Färben und Walken ihrer weißen Kleider häufig brauchten) aus einem fremden Boden zu graben; *ius pedamenta sumendi*, das Recht, Stützen, Rebpfähle, Hopfenstangen, Bohnenstangen u. d. gl. aus eines Andern Wald zu nehmen.

(1) *Car. Frid. Walch* diss. de aquae hauriendae servitute, Ien. 1754.

(2) *Leyser* sp. 108. med. 2. et 11. Die Koppelhut gründet sich zuweilen in einer wechselsweisen Servitut, weil ich dem Andern das Weidrecht als eine Servitut gegeben habe, und er ein gleiches mir gethan hat; zuweilen aber auch in einem bloßen *precario*. Wenn nemlich die Felder zweyer Nachbarn so durch einander liegen, daß keiner die seinigen mit dem Vieh betreiben kann, ohne die Güter des Andern zu berühren, so gestattet zuweilen einer dem Andern die Koppelhut, ohne ihm aber ein beständiges und unwiderrufliches Recht geben zu wollen. — — Man vergleiche überhaupt über die verschiedenen Arten des Rechts in Ansehung der Viehweiden, die bald als Eigenthumsrechte, bald als bloße Vergünstigungen, bald als Servituten, bald als res universitatis etc. in Betrachtung kommen können, und immer nach ihren eigentlichen Gründen zu beurtheilen sind, Danz Handbuch des heut. deutsch. Privatr. §. 283. II. 626. rc. Münter von der Koppelweide bey Hagemann und Günther jur. Archiv. IV. 2. besonders aber was die Aufhebung der Gemeinheiten hiebey anbetrifft, Runde in d. Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien I. 1. W.

§. 367. Fortsetzung.

Der Nutzen, den ein Grundstück und dessen Besitzer aus einem andern Grundstück ziehen können, ist so mannichfaltig, daß sich nicht alle Dienstbarkeiten aufzählen lassen. Einige, zum Theil sehr gewöhnliche, deren in unserm Lehrbuche keine Meldung geschieht, sind die Jagdgerechtigkeit, das Beholzigungsrecht, der Lerchenstrich, die Mastgerechtigkeit (ius glandemiarum); das Recht, in des Andern Kelter zu keltern, auf des Andern Tenne zu dreschen, in des Andern Wasser zu fischen.

§. 368. Von Erlöschung der Dienstbarkeiten.

Die Dienstbarkeiten können auf mancherley Art zu Grunde gehen: 1) durch die Consolidation oder Confusion, wenn beyde Güter, das herrschende und dienstbare, an Einen Herrn kommen; z. E. der Herr des dienstbaren Gutes kauft das herrschende Gut an sich (*1).

2) Durch die Remission; wenn a) der Eigenthümer des herrschenden Gutes durch einen ausdrücklichen Vertrag dem dienstbaren Gute die Servitut erläßt; oder b) seinem Eigenthümer ausdrücklich etwas erlaubt, was dieser vermöge der Servitut nicht thun dürfte, oder c) ihm ausdrücklich etwas erlaubt, welches die Ausübung der Servitut unmöglich macht. Wie aber, wenn der serviens etwas thut, was er vermöge der Servitut nicht thun dürfte, z. E. er verbaut mir die Fenster, da ich doch servitutem luminum habe, und ich stille dazu sitze; oder wenn er etwas macht, wodurch die Ausübung meiner Servitut unmöglich wird; z. E. die Thüre, wodurch ich den Durchgang habe, vermauert, und ich schweige, ist dieß auch als eine Erlassung der Servitut anzusehen? Ich halte es nicht dafür: denn der stillschweigende Consens erfordert concludirende Handlungen (§. 735.). Aus dem Stillschweigen des dominantis aber läßt sich eine Remission der Servitut mit Gewißheit nicht schließen. Die Juristen (*2), welche das Gegentheil behaupten, allegiren zwar L. 8. pr. D. quemadm. servit. amitt. (*3). Allein Paullus redet dort von einer ausdrücklichen Erlaubniß einer mit der Servitut streitenden Handlung; denn er sagt: *permisero ius aedificandi, permisero aliquid facere.* Wäre die Rede von einem bloßen Stillschweigen, so würde es heißen: *passus sum* aedificare. aliquid facere. Meines Erachtens geht also durch eine solche Unthätigkeit des dominantis zwar der Besitz der Servitut verlohren, aber nicht die Servitut selbst, wenn nicht noch der Zeitlauf von 10 oder 20 Jahren dazu kommt.

3) Kann eine Servitut durch den Nichtgebrauch verlohren werden; wenn ich nemlich gegenwärtig war, und sie innerhalb zehen Jahren, abwesend hingegen innerhalb zwanzig Jahren nicht ausgeübt habe. Allein ist denn der bloße Nichtgebrauch hinlänglich; wird nicht noch ausserdem usucapio libertatis erfordert; das heißt, ist erforderlich, daß der Herr des dienstbaren Gutes eine mit der Servitut streitende Handlung unternommen, und der Eigenthümer des herrschenden Gutes sich dabey beruhigt habe? Die meisten Juristen behaupten, man müsse einen Unterschied zwischen servitutibus praediorum urbanorum et rusticorum machen. Die letzteren seyen durch den bloßen Nichtgebrauch verlohren gegangen, die ersteren nicht. Thomasius (*4) hat diese Distinction bestritten; denn es läßt sich, wie er glaubt, kein befriedigender Grund angeben, warum die servitutes urbanae in diesem Stück ein anderes Recht haben sollen, als die rusticae. Er behauptet daher, man müsse

vielmehr zwischen servitutibus *simplicibus* und *qualificatis* distinguiren. Servitus qualificata sey die, welche zu ihrer Ausübung ein *opus manufactum* erfordere, simplex, zu der ein solches Werk nicht nöthig sey. Z. E. servitus tigni immittendi sey qualificata; denn man müsse Löcher in die Wand machen, um seine Balken hinein zu legen; servitus viae hingegen simplex, weil man sie ohne opus manufactum exerciren könne. Die servitutes simplices giengen durch den bloßen Nichtgebrauch verlohren, die qualificatae aber nicht eher, als bis das opus manufactum destruirt werde. Diese Meynung wird auch von Otto und Selchov vertheidigt (*5). Ich will mich auf die Untersuchung dieses Streits nicht einlassen; denn nach dem neuen Römischen Rechte gehet keine Servitut, sie mag nun urbana oder rustica, simplex oder qualificata seyn, durch den bloßen Nichtgebrauch verlohren, es wird in allen Fällen noch ausser dem usucapio libertatis erfordert; das heißt, der serviens muß durch ein positives Factum zu erkennen geben, daß er sein Gut in Zukunft als frey besitzen wolle (*6).

4) Wenn eins von den beyden Gütern, das herrschende oder dienstbare, zu Grunde gehet; so hört auch die Dienstbarkeit auf: z. E. wenn das Haus, dem das Fensterrecht zusteht, abbrennt, so hat die Servitut ein Ende; wenn die Wiese, über welche ich das Recht des Fahrwegs hatte, vom Wasser weggespült wird, so muß, wie sich von selbst verstehet, auch mein Recht aufhören. Werden aber die Güter wieder hergestellt, z. E. das abgebrannte Haus wird wieder aufgebauet, so lebt auch die Servitut wieder auf; das heißt, in dem neuen Hause können auch wieder Fenster gemacht werden, die der Nachbar nicht verbauen darf (*7).

(1) Der Regel nach lebt eine durch die Consolidation erloschene Servitut nicht wieder auf, wenn die Güter wieder an verschiedene Eigenthümer kommen. *Wernher* Part. 8. obs. 468. Doch leidet diese Regel ihre Ausnahmen. *Hombergk* diss. de reviviscentia iurium exstinctorum cap. 2. §. 13.

(2) *Leyser* spec. 110. med. 1. et 9. *Coccei* iur. controv. tit. quemadm. serv. amitt. qu. 3.

(3) Die Worte sind; si stillicidii immittendi ius habeam, et permisero ius tibi, in ea area aedificandi, stillicidii immittendi ius amitto. Et similiter, si per tuum fundum via mihi debeatur, et permisero tibi in eo loco, per quem via mihi debetur, aliquid facere, amitto ius viae.

(4) In diss. de servitute stillicidii, §. 23. sqq.

(5) *Otto* de usucap. servit. cap. 1. §. 12. *Selchov*. de servit. alt. toll. cap. 2. §. 39.

(6) L. 16. C. de usufr. (III. 33.) L. 13. C. de servit. et aqua (III. 34.) Ganz deutlich sind freylich die Gesetze nicht. *Pufendorf* l. c. *Ramdohr* diss. de toto iure per partialem usum servato, §. 22. *Rave* principia doctrinae de praescriptione, §. 109. p. 231. edit. noviss. Das Oberappellationsgericht zu Darmstadt hat diesen Satz in Sachen der Gemeinde Willsbach gegen die Gemeinde Roßbach im Jahr 1779. angenommen. Anderer Meynung sind *Selchov* in

diss. de servit. alt. toll. cap. 2. §. 40. und *Wahl* in meletem. de servitutibus, pag. 24. Sie behaupten, Justinian habe das alte Recht nicht aufgehoben; die servitutes simplices giengen also auch nach dem Justinianeischen Recht durch den blößen Nichtgebrauch verlohren. *Arn. Andr. Frid. Mollinkrott* diss. de praescriptione servitutum extinctiva (Ien. 1788.) cap. 2. §. 9. sqq. geht noch weiter, indem er der Meynung ist, daß alle affirmative Dienstbarkeiten durch den zehen- oder zwanzigjährigen Nichtgebrauch verlohren giengen.

(7) L. 20. §. 2. D. de S. P. V. Indessen merkt *Hombergk* diss. cit. cap. 2. §. 15. ganz richtig an, daß in diesen Fällen die Servitut eigentlich nicht erloschen war, sondern nur ruhete.

TIT. IV.

DE USUFRUCTU.

§. 369. Von den persönlichen Dienstbarkeiten.

Die Servituten sind entweder persönliche oder reelle (§. 347.). Von den persönlichen bemerke man folgende Sätze: 1) sie setzen nur Eine Sache voraus, rem servientem; anstatt daß die Realdienstbarkeiten zwey Sachen erfordern (§. 349.), praedium dominans und serviens. 2) Sie sind ein dingliches Recht (ius in re) so gut, als die Realservitnten, und man muß sich durch den Namen Personaldienstbarkeiten nicht verleiten lassen zu glauben, als ob sie ein bloßes ius ad rem gäben. Indessen 3) sind sie doch auf die Person dessen, dem sie zustehen, eingeschränkt. Sie gehen nicht auf seinen Erben, er kann sie nicht verkaufen, verschenken u. s. w. Noch weniger können alle Besitzer eines gewissen Grundstückes darauf Anspruch machen.

Daß alle Servituten, nachdem es dem Constituenten gefällt, entweder als persönliche oder als reelle gegeben werden können, vier ausgenommen, habe ich oben (§. 348.) erinnert. Von diesen vieren wird in gegenwärtigem und dem folgenden Titel gehandelt (*[1]). Die erste ist *ususfructus*, der Nießbrauch.

(1) Einige nennen diese vier Servituten: ususfructus, usus, habitatio, operae servorum, personales *nominatas*, alle andere persönliche Servituten hingegen *innominatas*, S. *Avian*. diss. de vet. interpr. distinctionibus magistralibus (Ien. 1666.) §. 5.

§. 370. Was heißt uti, abuti, usus plenus und minus plenus?

Um die Definition des ususfructus zu verstehen, müssen wir zuvor einige andere Begriffe überlegen. Was heißt *uti, abuti, usus plenus* und *minus plenus?* Uti re heißt in allgemeiner Bedeutung so viel, als den Nutzen von einer Sache ziehen, ohne die Substanz anzugreifen; re abuti hingegen, die Substanz einer Sache verderben, die Sache destruiren, verbrauchen, aufzehren u. s. w. Es ist also usus, wenn jemand in einem Hause wohnet, mit einem Wagen fährt, auf einem Pferd reitet; abusus, wenn man das Haus niederreißt, den

Wagen zerschlägt, das Pferd todtjagt, das Brod isset, den Wein trinket, das Kleid ganz austrägt, daß es unbrauchbar ist u. s. w. Also abuti und mißbrauchen sind keine gleichvielbedeutende Ausdrücke.

Der usus ist entweder *plenus* oder *minus plenus*. Wenn ich alle Nutzungen von einer Sache ziehe, die nur immer davon zu ziehen sind; nicht nur meinen Unterhalt davon nehme, sondern auch, was ich zu meiner Bequemlichkeit und zu meinem Vergnügen brauche: so habe ich usum plenum, den vollen Gebrauch. Wenn ich hingegen nur so viel von dem Abnutzen der Sache erhalte, als ich zur Nothdurft brauche; so heißt es usus minus plenus. Jener heißt auch ususfructus (*[1]); dieser usus im eigentlichen Verstande (vergl. jedoch §. 380.).

(1) Der ususfructus hat mit dem Eigenthumsrecht große Aehnlichkeit, mehr als die übrigen Servituten. *Vinn.* ad pr. I. h. t. n. 5.

§. 371. Definition des Nießbrauches, und Folgen daraus.

Der *ususfructus* oder **Nießbrauch** ist also eine persönliche Dienstbarkeit auf der körperlichen, beweglichen oder unbeweglichen Sache eines Andern, vermöge deren ich den vollen Gebrauch dieser Sache habe, doch ohne über die Substanz disponiren zu können.

Also er ist 1) eine persönliche Dienstbarkeit; er stehet einem Menschen nur für seine Person zu, so lange er lebt. Sobald dieser Mensch stirbt, hört auch der Nießbrauch auf. **Allen Besitzern** des Grundstückes A den Nießbrauch des Gutes B zu geben, gehet gar nicht an; denn wenn die Besitzer des Gutes A den Nießbrauch von dem Gute B haben: so muß doch noch jemand anders da seyn, dem die Proprietät von dem Gute B zusteht. Wozu sollte aber diesem die Proprietät dienen, da er keine Hoffnung hat, dereinst den Nießbrauch mit der Proprietät zu vereinigen?

2) Er ist ein Recht auf einer **fremden** Sache. Der Eigenthümer hat auch das Recht, die Nutzungen von seiner Sache zu ziehen, und Einige nennen dieses Recht den *usumfructum causalem* oder *coniunctum*. Von diesem aber ist hier nicht die Rede, sondern vom Nießbrauch einer fremden Sache, vom eigentlichen **Nießbrauch**, vom *usufructu formali* oder *separato*, wie man ihn nennet (*[1]).

Der Nießbrauch ist 3) ein Recht auf einer **körperlichen** Sache. Unkörperliche Sachen sind kein Gegenstand desselben. Daher sagt **Paullus** in der L. 1. D. de usufr. man könne nach dem strengen Recht niemanden usumfructum itineris, actus, viae, aquaeductus vermachen (*[2]), und die alten Juristen haben sehr gezweifelt, ob sich ein ususfructus nominis, der Nießbrauch einer Schuldforderung denken lasse (*[3]). Doch wurde er zuletzt zugelassen (*[4]). In Deutschland weiß man von dieser Subtilität nichts; ich kann

einem also den Nießbrauch einer Gerechtigkeit, z. E. meines Zehendrechtes, meiner Jagdgerechtigkeit u. s. w. geben.

Der Nießbrauch giebt 4) ein Recht auf alle Nutzungen der Sache, und unterscheidet sich dadurch vom usu (§. 370.), doch 5) so, daß die Substanz der Sache keinen Schaden leide; er giebt also kein Recht, die Sache zu verderben, zu destruiren, zu verzehren.

6) Wo ein Nießbrauch ist, da sind zwey Personen, einer, welchem der Nießbrauch zustehet, und dieser heißt *usufructuarius;* der andere, welcher nichts als die bloße Proprietät hat, Eigenthum ohne Nutznießung, doch dabey die Hoffnung, dereinst nach dem Tode des usufructuarii die Nutznießung zu erhalten. Er heißt: *proprietarius*, oder *proprietatis dominus*, *nudae proprietatis dominus* (*5).

(1) *Galvanus* de usufr. cap. 2. Indessen wird dieser eigentliche Nießbrauch, usufructus formalis, doch auch zuweilen als ein Theil des Eigenthumsrechts angesehen. *Schulting* thes. controv. dec. 20. th. 4.

(2) *Io. Georg Wernher* sched. ad h. L. Goett. 1745. 4.

(3) *C. F. Walch* progr. controversiam de usufructu nominis inter veteres ICtos agitatam exponens. Ien. 1758.

(4) L. 3. D. de usufr. ear. rer.

(5) Zuweilen, z. E. §. 1. I. per quas person. cuique adquir. wird die Proprietät ohne Nießbrauch auch *dominium* genannt.

§. 372. Welche Nutzungen zieht der Usufructuar; kann er sein Recht verpachten, abtreten?

Der usufructuarius hat den vollen Genuß der Sache. Er ziehet also 1) alle Früchte, sowohl naturales, als civiles fructus (§. 329.), er mag sie zu seinem nöthigen Unterhalt oder zu seiner Bequemlichkeit und seinem Vergnügen anwenden.

Indessen kann er doch 2) nur die **ordentlichen Nutzungen** (eigentliche und wahre Früchte) verlangen, nicht die ausserordentlichen und zufälligen (accessoria). Daraus folgt, daß, wenn sich ein Schatz auf dem fundo usufructuario findet, dieser nicht dem Usufructuar, sondern dem Proprietar gehöre; denn Schätze sind keine fructus (*1). Wenn der Usufructuar den Schatz selbst gefunden hat, so kann ihm als Finder die Hälfte gebühren; aber als Usufructuar hat er keinen Anspruch darauf. Wird ein Sklave, von dem ich usumfructum habe, zum Erben eingesetzt: so gehört die Erbschaft gleichfalls dem Proprietar. Eben so wenig kann einer, welcher den Nießbrauch einer Sklavin hat, das Kind sich zueignen, das die Sklavin gebiert; denn es ist kein *fructus* (*2).

3) Der Usufructuar kann die Sache, worauf ihm der Nießbrauch zustehet, verpachten; er kann die Früchte verkaufen; er kann die ganze Ausübung

der Nutznießung einem Andern durch Kauf oder Schenkung überlassen; sein Recht aber kann er nicht cediren. Wenn mir nemlich der Nießbrauch zusteht, so kann ich ihn nicht dergestalt einem Andern abtreten, daß er nun Usufructuar wird, und ich aufhöre es zu seyn. Denn der Nießbrauch ist ein ganz persönliches Recht; es kann also von der Person, der es zusteht, nicht getrennt werden. Und dem Proprietar könnte durch solche Cessionen seine Hoffnung, dereinst die Nutznießung mit der Proprietät zu vereinigen, gänzlich vereitelt werden. Denn der Usufructuar könnte auf dem Todbette sein Recht einem Andern, und dieser in gleichen Umständen einem Dritten cediren u. s. w.

Wenn aber der Usufructuar diese Vorschrift übertritt, und wirklich den Nießbrauch cediret, was ist alsdann Rechtens? Viele Juristen (*3) glauben, er verliere durch eine solche Cession zur Strafe alle seine Rechte, und der Nießbrauch falle nun sogleich dem Proprietar zu. Andere aber (*4) behaupten mit stärkern Gründen, die Cession des Nießbrauchs sey, wenigstens nach dem neuen Justinianeischen Rechte, ganz nichtig, so, daß weder der Cessionar (an den die Abtretung geschehen ist), noch der Proprietar daraus einiges Recht bekomme; sondern der Usufructuar seinen Nießbrauch behalte, eben so, als ob er ihn nicht cediret hätte.

(1) *Nebelkrae* decis. 10.

(2) Allein warum dieses nicht? Cajus in der L. 28. §. 1. D. de usur. und Justinian §. 37. I. de rer. divis. sagen, ein Mensch könne nicht als ein fructus angesehen werden, weil die Natur alle Früchte um des Menschen willen hervorgebracht habe. Dieß ist aber offenbar nichts, als eine Spitzfindigkeit. Das Eigenthum ist ja auch zum Nutzen der Menschen eingeführt, und doch kann ein Mensch selbst ein Eigenthum seyn. Ulpian giebt in der angeführten L. 27. einen andern Grund an. Er sagt: man kauft die Sklavinnen nicht zum Kindergebähren, sondern zur Arbeit. Dieser Grund ist eben so wenig befriedigend. Denn manche Thiere kauft man auch nicht zu dem Ende, um Jungen von ihnen zu ziehen, z. E. Affen, und doch sind die Jungen ein fructus. Auch ist nicht einzusehen, warum man nicht Sklavinnen zu dem Ende kaufen könnte, um Kinder von ihnen zu erhalten. Etwas besser ist, was Bynkershoek am a. O. anführt. Was ein fructus seyn soll, sagt er, das muß man verzehren und destruiren können. Dieß geht aber bey dem Sklavenkind nicht an; daher kann man es auch nicht als fructum ansehen. Man s. noch *Kessel* diss. de usucapione partus et fructus rei furtivae, cap. 3. in *Oelrichs* thesaur. diss. Belgicar. Vol. 1. Tom. 2. pag. 221. sqq. und *Christ. Gottl. Gmelin* diss. de diversis partus ancillae et foetus pecoris iuribus. §. 3.

(3) *Vinnius* ad §. 3. I h. t. *Kulpis* diss. de consolidatione, §. 25. in diss. acad. p. 25. sqq. *Coccei* iur. controv. lib. 7. tit. 4. quaest. 3. Der Hauptgrund dieser Meynung ist L. 66. de iur. dot.

(4) *Galvanus* de usufr. cap. 38. n. XII. p. m. 587. *Brooeus* ad d. §. 3. *Noodt* de usufr. lib. 2. cap. 10. *Brencmann* de lege Remmia cap. 11. in thesaur. Otton. tom. 3. pag. 1603. *Costa* et *Otto* ad §. 3. I. h. t. *Water* obs. iur. rom.

rom. lib. 8. cap. 11. *Crell* diss. ad L. 66. D. de iur. dot. *Walch* controv. sect. 2. cap. 3. §. 13. pag. 159. edit. III. Diese Meynung wird durch den §. 3. I. h. t. bestätigt, wo Justinian die Fälle erzählt, in welchen der Nießbrauch aufhört. Finitur, heißt es, ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, *nam cedendo extraneo nihil agitur.* Also durch die Cession an einen Fremden wird er nicht geendigt. — — Auch läßt sich, was L. 18. §. 1. de adquir. vel amitt. possess. vom Verluste des Besitzes gesagt wird, auf das Recht selbst nicht anwenden. L. 17. §. 1. ibid. W.

§. 373. Pflichten des Usufructuars.

Der Usufructuar muß die Substanz der Sache lassen, wie sie ist. Er darf daher 4) ohne Einwilligung des Proprietars die Form der Sache nicht ändern; auch alsdann nicht, wenn die Veränderung nützlich wäre. Z. E. er darf in dem Hause, worauf er den Nießbrauch hat, keine Stube kleiner oder größer machen; er darf keine Wiese in einen Acker verwandeln oder umgekehrt. 5) Weil er allen Nutzen von der Sache zieht, so muß er auch die nöthigen Ausbesserungen vornehmen. 6) Er muß die Sache so gebrauchen, wie ein guter Haushälter seine eigenen Sachen gebraucht. Wenn er z. E. den Nießbrauch eines Waldes hat, so darf er ihn nicht aushauen, sondern er muß ihn forstmäßig benutzen; hat er den Nießbrauch einer Heerde, so muß er an die Stelle der abgegangenen Stücke andere, von der Heerde gezogene junge substituiren; anzukaufen braucht er keine, u. s. w. Auch dazu ist er nicht verbunden, daß er an der Sache schlechterdings nichts verderbe. Wenn die Sache durch ordnungsmäßigen Gebrauch verdorben wird, so hat der Usufructuar deßwegen nichts zu ersetzen (*1). Andere Deteriorationen aber muß er vergüten, in sofern er in culpa levi ist (*2). 7) Der Usufructuar muß dem Proprietar Caution leisten, und zwar über zwey Stücke: a) daß er die Sache ordentlich gebrauchen wolle, b) daß die Sache nach geendigtem Nießbrauch an den Proprietar zurückgegeben werden solle (*3).

(1) *Schott.* diss. de usufr. vestimentor. cap. 1. §. 1.

(2) L. 65. pr. D. h. t.

(3) Eine berühmte Streitfrage ist: ob dem Usufructuar diese Cautionsleistung erlassen werden könne?

Die gemeine Meynung ist: man müsse einen Unterschied machen zwischen Nießbrauch, der in einem letzten Willen, und dem, welcher durch einen Vertrag ertheilt sey. Wenn mir jemand durch einen Vertrag den Nießbrauch gebe, so könne er mir auch die Caution erlassen. Hingegen wenn der ususfructus in einem letzten Willen constituirt sey, so könne zwar der Erbe die Caution remittiren, aber nicht der Erblasser. Diese Meynung, daß nemlich der Erblasser die Caution nicht remittiren könne, wird auch durch die angeführte L. 7. C. ut in possess. legat. (VI. 64) bestätigt. Denn es heißt darin: ut boni viri arbitratu is, cui ususfructus relictus est, utatur, fruatur, minime satisdationem remitti testamento posse. Gleichwohl ist diese Entscheidung

ganz unbegreiflich. Einige sagen zwar, der usufructuarius werde durch diese Erlassung zu einer unerlaubten Handlung (ad delinquendum) gereizt; nemlich gereizt, die Sache zu verderben; und solche Reizungen wollten die Gesetzgeber nicht dulden. Allein dieser Grund ist lächerlich. Denn der usufructuarius muß ja allen Schaden, den er der Sache zufügt, ersetzen, er mag Caution leisten oder nicht. Außerdem erlassen die Gesetze selbst in einigen Fällen die Caution. Man muß also, wenn man jene Ursache annimmt, zugeben, daß die Gesetzgeber in diesen Fällen auch zu verbotenen Handlungen reizen, welches ungereimt ist. Endlich gebrauchen ja der commodatarius und conductor auch eine fremde Sache, und zwar ohne Caution, warum werden sie denn nicht zu verbotenen Handlungen gereizt? *Car. Ferd. Hommel* diss. de iniquitate legum Romanarum remissionem cautionis usufructuariae testatori denegantium §. 24. Wer einem den Nießbrauch verstattet, konnte ihm auch das völlige Eigenthum, Proprietät und Nießbrauch geben; aus welcher Ursache soll er ihm die Caution zu remittiren nicht befugt seyn? Man stelle sich z. E. vor, daß jemand seine Geschwister zu Erben einsetze, und seiner Wittwe den Abnutzen des ganzen Vermögens auf Lebenslang vermache. Warum soll er ihr nicht die Cautionsleistung erlassen dürfen? Er konnte ja seine Geschwister gänzlich ausschließen, und soll ihnen doch nicht befehlen können, daß sie von der Wittwe keine Caution fordern. — — Indeß ist doch jene bestimmte gesetzliche Vorschrift nun einmal da, und man darf sie nicht ausser Acht lassen.

Noodt de usufructu. l. 19. geht noch weiter, und glaubt, daß bey einem im letzten Willen ertheilten Nießbrauch auch sogar der Erbe nicht einmal die Caution erlassen könne. Diese Meynung ist noch vernunftwidriger als die vorige. Franzke am a. O. und Stryk us. mod. tit. usufr. quemadm. cav. §. ult. behaupten, daß zwar das letzte Stück der Caution, de re finito usufructu restituenda, aber nicht das erste, de re boni viri arbitratu utenda, remittirt werden könne. Allein man kann keine gegründete Ursache der Verschiedenheit angeben. *Hömmel* diss. cit. §. 27. Galvanus am a. O. sagt: die Gesetzgeber wollten nur so viel sagen, man könne dem Usufructuar das *ius cautionis* nicht erlassen, nicht machen, daß der Usufructuar nicht verbunden wäre, zu caviren; man könne aber das *factum cavendi*, oder *usum cautionis* aufheben, man könne ihm versprechen, daß man keine Caution verlangen wolle, auch verordnen, daß der Erbe die Caution nicht fordere; und dieß sey sowohl bey dem conventionellen, als testamentarischen Nießbrauch Rechtens. Man sieht aber leicht, daß diese Distinction zu den übersubtilen oder sophistischen gehört. Sie ist auch blos divinatorisch, in den Gesetzen findet sich keine Spur davon. *Lyncker* praescript. publ. num. 15. p. 89. sqq. *Hert.* diss. de plur. hom. unam person. sustinent. Sect. 1. §. 12. glaubt, das Gesetz verbiete die Caution, weil die Testatoren zuweilen allzu freygebig seyen, und in den Usufructuar ein zu großes Vertrauen setzten. Es würde unbillig seyn, wenn der Proprietar gegen den Willen des Erblassers um sein Recht käme. Ein alter Spanischer Jurist Joh. del Castillo Sotomayor tract. de usufr. cap. 15. n. 30. giebt wieder eine andere Erklärung. Er sagt: wenn der Testirer dem Usufructuar die Caution de utendo boni viri arbitrio erläßt; so scheint er ihm die Erlaubniß zu geben, mit der Sache zu schalten, wie er will; scheint ihm die Proprietät legirt zu haben. Er hat etwas erlaubt, was mit der Natur

des Nießbrauchs streitet, hat sich selbst widersprochen, indem er nur den Nießbrauch legiret, und doch eine Clausel beyfügt, die eine Proprietät involviret. Die Clausel wird daher als nicht beygefügt angesehen. Wenn sich indessen der Testirer deutlich ausdrückt, z. E. ich vermache dem A den Nießbrauch meines Hauses, und weil ich das Zutrauen zu ihm habe, daß er es wie ein guter Haushälter, und wie es einem Usufructuar geziemt, gebrauchen werde, so soll er nicht schuldig seyn, deßfalls Caution zu leisten: so ist in diesem Fall die Nachlassung der Caution gültig. Zoller endlich diss. observat. iurid. specim. (Lips. 1773) obs. 6. hält dafür, das Gesetz rede von dem Fall, wo der Usufructuar anfange, die Sache zu verderben. In diesem Fall könne der Proprietar Caution verlangen, weil der Erblasser vorausgesetzt habe, der Usufructuar werde ordentlich mit der Sache umgehen. Daß übrigens L. 7. Cod. cit. in der Praxis gelte, bezeugen *Stryk* us. mod. tit. usufr. quemadm. cav. *Wernher* part. 7. obs. 93. n. 21. und Andere.

§. 374. Vom Quasiusussfructus.

Der Nießbrauch ist ein Recht, die Sache ohne Schaden der Substanz zu gebrauchen; er hat also bey solchen Sachen nicht Statt, welche man, der Substanz unbeschadet, gar nicht gebrauchen kann; welche man anders nicht gebrauchen kann, als wenn man sie aufzehrt, destruirt, weggiebt; oder wie Andere sagen, quarum usus consistit in abusu (*1), dergleichen sind Eß- und Trinkwaaren, Geld und Kleider (*2). Indessen wurde doch unter Augusts oder Tiberius Regierung durch ein Senatusconsult ein *quasi ususfructus* von diesen Sachen erlaubt. Der Usufructuar aber muß Caution stellen, daß er eine Sache von gleicher Qualität und Quantität restituiren, oder den Werth ersetzen wolle (*3). Der quasi ususfructus ist also ein in Form einer persönlichen Servitut ertheiltes Recht, wodurch Jemand befugt wird, eine Sache zu gebrauchen, wie er will, mit der Verbindlichkeit, dereinst entweder eine Sache von gleicher Art und Güte, oder deren Werth zu erstatten. So kann ich z. E. von einem Faß Wein quasi usumfructum haben; ich darf den Wein trinken, meine Erben aber müssen ein Faß von gleichem Gehalt und gleicher Güte zurückgeben, oder den Werth des Weins bezahlen. Ich kann von einem Capital den quasi usumfructum haben, es ausleihen, die Zinsen davon ziehen, und meine Erben müssen das Capital zurückbezahlen.

Die Anmerkung berührt die Streitfrage: ob Kleider im wahren oder im quasi usufructu sind? Die Frage ist practisch. Denn sind die Kleider im wahren Nießbrauch, so giebt der Erbe des Usfructuars nichts, als die übrigen Lumpen zurück; sind sie hingegen in quasi usufructu, so muß er den Werth bezahlen, den die Kleider zu der Zeit hatten, als der quasi ususfructus anfieng, oder andere gleich gute Kleider geben. Die Meynungen der Juristen sind sehr getheilt; denn die Gesetze scheinen sich geradezu zu widersprechen. Im §. 2. I. h. t. heißt es: constituitur autem ususfructus non tantum

in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis et caeteris rebus, exceptis iis, quae ipso usu consumuntur. Nam hae res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum, quo in numero sunt vinum, oleum, frumentum, *vestimenta.* Hingegen in der L. 15. §. 4. cit. sagt **Ulpian**: et si vestimentorum ususfructus legatus sit, non sicut quantitatis ususfructus legetur, dicendum est, ita uti eum debere, ne abutatur. Man hat diese Stellen auf mancherley Art zu vereinigen gesucht (*4). In der Praxis ist häufig die Meynung der Glossatoren angenommen, man müsse nemlich zwischen **Alltagskleidern** und **Feyerkleidern** distinguiren. Jene könnten nur im Quasi-, diese aber auch im wahren Nießbrauche seyn (*5).

(1)) *Aug. Frid. Schott* progr. de rebus, quae functionem recipiunt, in opuscul. p. 212.

(2) §. 2. I. h. t. *Schott* diss. de usufr. vestimentorum, cap. 3. §. 2. in opusc. pap. 183. Was das Geld betrifft, so muß man einen Unterschied machen zwischen dem Nießbrauche eines Capitals, einer Medaillensammlung, und einer Summe currenter Münzen. Bey Medaillen findet nun der wahre, bey currenten Münzen nur der Quasinießbrauch Statt; ein Capital aber kann sowohl in dem einen als dem andern seyn. — — Es ist in vero usufructu, wenn Jemanden eine bestimmte ausstehende Schuldforderung (nomen) als solche zum Genießbrauche gegeben wird, so daß er bloß die Zinsen davon genießen, das Capital selbst aber nicht zu sich nehmen darf; quasi in usufructu ist es, wenn er über das Capital selbst verfügen darf, und am Ende nur eben so viel wieder ersetzen muß. Hier trägt er auch die Gefahr des Geldes, dort nicht. W. — — *C. F. Haeberlin* diss. de usufructu pecuniae, Erlang. 1785.

(3) Ob diese Caution ein schlechterdings nothwendiges Erforderniß des Quasi-Nießbrauches sey, ist sehr bestritten. Ich halte sie nicht dafür. Aus der Natur der Sache läßt sich nicht einsehen, daß die Caution wesentlich nothwendig wäre; und warum sollte sie der Erbe dessen, der mir einen solchen Nießbrauch vermacht, nicht erlassen können? Man s. *Galvan* de usufr. cap. 19. n. 9. sqq. *Wolr. Burchardi* diss. I. II. et III. qua demonstratur, cautionem usufructuariam nec veri nec quasi ususfructus substantiam ingredi, sed solum naturale externum attributum esse. (Herborn. 1757. 1758. 1759.) besonders diss. 3. §. 39. sqq.

(4) *Schott* diss. cit. cap. 4. p. 201. hat die verschiedenen Conciliationen erzählt. Seine eigene Meynung ist, die Kleider seyen der Regel nach im Quasi-Ususfructus. Wenn aber der Erblasser einem den Nießbrauch seiner Kleider mit dem Zusatz vermache, daß nichts, als die alten verbrauchten Ueberreste an den Proprietar restituirt werden sollen, so sey ein wahrer usufructus der Kleider vorhanden.

(5) *Struv.* exerc. 12. th. 39. *Stryk* not. ad *Lauterb.* tit. de usufr. ear. rer. *Berger* resolut. eod. tit.

§. 375. Der Usufructuar muß die Beschwerden tragen.

Der Usufructuar zieht allen Nutzen von der Sache; wer aber diesen zieht, muß billig auch die Beschwerden tragen. Daher ist der Usufructuar

schuldig, die Abgaben, sowohl ordentliche, als ausserordentliche zu entrichten, die von der Sache zu entrichten sind. Wird ihm dieß zu schwer; denn es kann wohl geschehen, daß in ausserordentlichen Fällen, in Kriegszeiten, Mißjahren u. s. w. die Abgaben sich höher belaufen, als der Nutzen: so ist er befugt, den Nießbrauch zu derelinquiren.

§. 376. Wie wird der Nießbrauch bestellt?

Der Nießbrauch kann auf mancherley Art entstehen. 1) Geben einem die Gesetze zuweilen selbst den Nießbrauch einer fremden Sache. Dahin gehört a) der Nießbrauch des Vaters. Er hat den usumfructum von dem Vermögen seiner Kinder, was man peculium adventitium ordinarium nennt, und welches im 9ten Titel dieses Buchs ausführlich erklärt werden wird. b) Der Ehegatten. Man bemerke nemlich, nach der 23sten Tabelle, folgende zwey Fälle. Der erste ist: ein Ehegatte stirbt ohne Testament, und der überlebende, Wittwer oder Wittwe, erbt vermöge der Gesetze (ab intestato) einen Theil der Verlassenschaft. Diesen Theil bekommt er pleno iure, das heißt, er erhält Proprietät und Nießbrauch, wenn er nicht mit seinen eigenen Kindern, sondern mit Stiefkindern, Eltern des Verstorbenen oder Seitenverwandten erbt. Succedirt hingegen ein Ehegatte mit seinen eigenen Kindern: so erhält er nur den Nießbrauch von seiner Erbportion, die Kinder aber haben die Proprietät (vergl. §. 702). Der zweyte Fall ist: ein Ehegatte stirbt, und der andere überlebende Ehegatte erhält aus der Erbschaft etwas vermöge eines vom Verstorbenen errichteten Testamentes, oder (nach deutschen Rechten) eines mit demselben geschlossenen Vertrags. In diesem Fall bekommt er darauf ein volles Recht, Proprietät und Abnutzung. Wenn er aber zur zweyten Ehe schreitet, und Kinder aus erster Ehe vorhanden sind: so fällt die Proprietät auf diese, und der Ehegatte behält nur den Nießbrauch.

2) Giebt zuweilen der Richter einen Nießbrauch. Dieß geschieht in den iudiciis divisoriis. Man hat nemlich drey Klagen im Römischen Rechte, welche iudicia divisoria heissen. Sie sind iudicium finium regundorum, familiae herciscundae, communi dividundo. Wenn die Grenzen zweyer liegenden Güter in Unordnung gerathen sind, und einer der Eigenthümer auf die Herstellung der Grenzen klagt: so heißt die Klage *iudicium finium regundorum.* Haben mehrere Miterben bisher eine Erbschaft in ungetheilter Gemeinschaft besessen, und einer klagt nun auf die Vertheilung: so ist es *iudicium familiae herciscundae.* Wenn endlich eine einzelne Sache bisher mehreren Miteigenthümern gemeinschaftlich zugehört hat, und einer auf die Theilung klagt: so nennt man es *iudicium communi dividundo.* In diesen Prozessen giebt zuweilen der Richter einen abwechselnden Nießbrauch. Wenn

er z. E. ein Haus unter zwey Miterben vertheilen soll, das sich nicht wohl wirklich vertheilen läßt, das auch die Erben nicht verkaufen wollen, und keiner dem andern ganz überlassen will; kurz, wenn kein anderes Mittel vorhanden ist, die Interessenten aus einander zu setzen: so kann der Richter die Veranstaltung treffen, daß einer um den andern den Nießbrauch hat. Indessen hat ein solcher alternirender Nießbrauch viel Unbequemlichkeiten; daher ihn die Obrigkeit nicht ohne die äusserste Noth anordnen muß.

3) Bestellt der Eigenthümer den Nießbrauch, und zwar entweder durch einen letzten Willen, oder durch einen Vertrag (*1). Das erste ist das gewöhnlichste. Es geschieht nemlich oft, daß jemand im Testament einer Person lebenslänglich den Einsitz und die Nutznießung von seinem Hause, von seinem Landgut, oder auch von allen seinen Gütern vermacht. Wenn der Nießbrauch durch einen Vertrag constituirt werden soll, so muß die Quasitradition hinzukommen. Ehe dieses geschehen ist, existirt noch kein dingliches Recht, sondern der, welchem der ususfructus versprochen ist, hat nur ein ius ad rem.

Endlich kann auch 4) ein Nießbrauch so wie andere Servituten durch die Verjährung erlangt werden. Man sehe den 352. §.

(1) Auch der bloße Proprietar kann auf den Fall, wenn ihm der Nießbrauch zufallen wird, selbigen wieder einem Andern versprechen. So ist Paullus in der L. 18. D. h. t. zu verstehen, wo er sagt: quod nostrum non est, transferemus ad alios (es giebt Fälle, wo ich etwas einem Andern geben kann, das ich selbst nicht habe), veluti is, qui fundum habet, quamquam usumfructum non habeat, tamen usumfructum cedere potest. *Franc. Car. Conradi* ad Iul. Paulli libr. de iure singulari, fragm. 2. Nicht nur der wahre, sondern auch der quasiususfructus kann durch einen Vertrag ertheilt werden. *Schulting* thes. controv. dec. 22. th. 6.

§. 377. Wie der Nießbrauch aufhört.

Der Nießbrauch ist eine persönliche Dienstbarkeit. Er hört also auf: 1) wenn der Usufructuar stirbt, und seine Erben bekommen von den Früchten, wenn sie noch nicht percipirt sind (§. 330.), gesetzt auch, daß sie schon reif wären, nichts (*1). Indessen geht es doch an, einem den Nießbrauch für sich und seine Erben zu geben. In diesem Falle ist eigentlich ein vielfacher Nießbrauch constituirt (*2). Wie aber, wenn derselbe einer moralischen Person gegeben ist, die nicht stirbt? Man nennt nemlich, wie wir oben (§. 61.) gehört haben, einen Inbegriff mehrerer Personen, welche zusammen gewisse Rechte genießen, eine moralische Person. Gesetzt also, einer Gesellschaft im Staate, und zwar einer solchen, die auf ewig eingegangen ist, z. E. einer Stadtgemeinde, wird ein Nießbrauch gegeben, wie lange dauert er? Die Gesetze sagen, hundert Jahre; weil sie dieß für das höchste menschliche Alter halten. Der Nießbrauch wird auch 2) durch die größte und mittlere

Capitis Deminution geendigt, weil diese als ein bürgerlicher Tod angesehen werden (*3).

(1) L. 13. D. quib. mod. ususfr. vel us. amitt. *Schulting* thes. controv, dec. 22. th. 4.

(2) Oder wie Ulpian in der L. 38. §. 12. D. de V. O. sagt: diversi sunt fructus. Uebrigens stritten die alten Juristen, ob das Legat, wenn ich einem und seinen Erben den Nießbrauch vermache, gültig sey, oder ob es mit der Natur des Nießbrauchs streite. Justinian entschied in der L. antiquitas 14. C. de usufr. (VII. 33.) den Streit dahin, daß es gelten, jedoch nur auf die Erben des ersten Grades gehen sollte. Hotomann, Bachov und Vinnius ad §. 3. I. h. t. beschuldigen zwar den Tribonian eines Irrthumes, und behaupten, es sey nie ein Streit über diesen Punct gewesen. Allein zu dieser Beschuldigung ist kein hinlänglicher Grund vorhanden. *Strauch* ad L. Decis. cap. 6. *Merill.* ad L. Decis. cap. 16. Opp. Tom. 2. p. 48. sqq. *Heinecc.* ad *Vinn.* l. c. Wie aber, wenn der Testirer ausdrücklich den Nießbrauch mir und allen meinen Erben, nicht dem ersten allein, vermacht hätte? Nichts destoweniger würde er mit dem Tode des ersten Erben aufhören. *Strauch* l. c.

(3) Nach dem alten Römischen Recht wurde auch der Nießbrauch durch die geringste Capitis Deminution zernichtet. *Vinn.* ad §. 3. h. t. n. 1. Justinian aber hat dieß in der L. penult. §. ult. C. h. t. (III. 33.) aufgehoben.

§. 378. Fortsetzung.

Der dritte Fall, wo der Nießbrauch ein Ende nimmt, ist die Consolidation; wenn der Proprietar den Nießbrauch acquirirt, z. E. kauft, oder der Usufructuar die Proprietät an sich bringt (*1). 4) Macht der Untergang der Sache, die im Nießbrauch ist, demselben ein Ende. Untergang heißt hier, die Sache bleibt nicht, was sie war; sie hört entweder gänzlich auf, oder wird wenigstens so verändert, daß sie ihren vorigen Namen nicht mehr behält. Also der Nießbrauch des Pferdes hört z. E. auf, wenn es krepirt; der Nießbrauch eines Hauses, wenn es abbrennt; der Nießbrauch eines Teiches, wenn er austrocknet (*2). Merkwürdig ist, daß der Nießbrauch eines Gebäudes, so wie der usus, nicht auf dem Boden des Hauses fortdauert. Wenn das Gebäude, worauf mir der Nießbrauch zustehet, abbrennt, so könnte ich doch den Platz noch als Garten benutzen; dazu aber bin ich nach den Römischen Gesetzen nicht befugt (*3). Endlich hört auch 5) der ususfructus durch den Nichtgebrauch auf. Wenn ich zehen Jahre lang an dem Orte, wo die res usufructuaria ist, sie sey nun beweglich oder unbeweglich, gegenwärtig bin, ohne die Sache zu gebrauchen: so ist der Nießbrauch erloschen. Ein gleiches geschieht, wenn ich zwanzig Jahre abwesend den Nießbrauch nicht exercirt habe. Doch wird nach Justinianeischem Recht dabey auch die usucapio libertatis erfordert, d. i. der Proprietar muß im ruhigen und redlichen Besitz der Sache gewesen seyn (*4).

(1) Ueber die eigentliche Bedeutung des Worts consolidatio s. *Strauch.* ad L. decis. pag. 132.

(2) Wie aber wenn die Sache wieder hergestellt wird? Die gemeine Lehre ist: Personalservituten lebten nicht wieder auf, wenn sie Einmal durch den Untergang der Sache erloschen waren. Allein dieß ist nicht wahr, wenn die vorige Sache wirklich wieder hergestellt wird; ist nur wahr, wenn statt der zu Grund gegangenen Sache eine andere neue substituirt wird. *Noodt* de usufr. lib. 2. cap. 11. (opp. Lugd. Bat. 1735.) p. 468.

(3) Der Grund dieser Verordnung, sagt man, liegt darin: der Gebrauch, den man von einem Hause macht, ist ganz verschieden von dem Gebrauch eines leeren Platzes. Wenn also der Testator den Nießbrauch des Hauses vermacht hat, so hat er den Nutzen nicht vermachen wollen, welchen man von dem Grunde des Hauses (area) ziehen kann; sondern er hat vielmehr gewollt, daß, wenn die Sache den Nutzen nicht mehr leistet, den sie zur Zeit seiner Disposition leistete, sie an den zurückfallen solle, dem die Proprietät zustehet. *Vinn.* ad §. 3. h. t. n. 6. *Noodt* l. c. lib. 2. cap. 11. Auch *Martucius* var. explanat. lib. 1. cap. 19. handelt von dieser Materie. Georg. Ad. Struv. hat dieses Buch im Jahr 1683. zu Jena in 4. wieder auflegen lassen; dem ungeachtet kommt es nicht oft vor. Wer es nicht besitzt, darf eben nicht darum verlegen seyn; ich habe wenig Belehrung darin gefunden.

(4) L. pen. C. de usufr. (III. 33.) *Leoninus* de usufr. cap. 18. n. 11. *Galvanus* de usufructu, cap. 41. n. 11. *Heinecc.* ad *Vinn.* h. t. §. 3 n. 2. *Pufendorf* Tom. 3. obs. 188. §. 16. Anderer Meynung ist *Schulting* thes. controv. dec. 22. th. 1. Leonins Werkchen de usufructu ist zu Lich im Solmsischen im J. 1600. auf 156 Seiten in 8. mit einer Vorrede von Herm. Vultejus herausgekommen, und gehört unter die juristischen Seltenheiten. Vultejus sagt davon: etsi enim (hae commentationes) a Leonino eo fortasse animo non essent factae, ut lucem aspicerent, sed ut scholae suae, quam tum magna cum laude Lovanii habuit, satisfaceret, dignae tamen sunt, quae in doctorum manibus versentur, et invenient (freylich nicht viel) in illis etiam, qui sunt iurisconsulti, ex quibus se profecisse fatebuntur. Kurz, es ist ein nachgeschriebenes Collegienheft.

§. 379. Fortsetzung.

Wenn ein unwiderruflicher Eigenthumsherr einen Nießbrauch constituirt, und sein Eigenthum veräußert: so hört darum der Nießbrauch nicht auf; denn er ist ein dingliches Recht, wovon die Regel gilt: res transit cum onere. Wenn hingegen ein widerruflicher Eigenthümer jemand einen Nießbrauch giebt: so wird sein Eigenthum entweder ex nunc, oder *ex tunc* resolvirt. Im letzten Falle hört der Nießbrauch auf, im ersten aber nicht (§. 289). Endlich 7) expirirt der Nießbrauch, wenn er auf eine gewisse Zeit ertheilt, und diese Zeit verflossen ist (*1).

Ein nützlicher Zusatz zu diesem Titel wird es seyn, wenn ich noch die Unterschiede des nutzbaren Eigenthums (dominii utilis) und des Nießbrauches anführe; 1) der Nießbrauch hört mit der Person des Usufructuars auf, wenn er nicht den Erben ausdrücklich mitgegeben ist (§. 377.), das nutzbare Eigenthum hingegen geht seiner Natur nach auf die Erben. 2) Der Usufructuar kann

kann die Gestalt der Sache nicht ändern, wohl aber der dominus utilis. 3) Jener hat nur die ordentlichen Nutzungen zu geniessen, dieser auch die ausserordentlichen. 4) Jener kann sein Recht nicht abtreten; dieser ist entweder schlechterdings, oder doch unter gewissen Einschränkungen, befugt dazu (§. 899.) (*2).

(1) Nach der richtigern Meynung geht der Nießbrauch nicht verlohren, wenn der Usufructuar die Sache nicht pflichtmäßig braucht (per abusum). Die Gesetze dictiren diese Strafe nicht. Nirgends wird der Mißbrauch genannt, wo von den Arten, wie Nießbrauch geendiget wird, die Rede ist. Man s. *Io. Frid. Fleischmann* diss. de abusu rei fructuariae, modo tollendi usumfructum spurio, Altorf. 1778. Anderer Meynung sind: *Cramer* Tom. 3. obs 967. *Walch* controv. p. 161. edit III. Wie übrigens §. 3. h. t. zu erklären sey, wo es heißt: ususfructus amittitur non utendo per modum et tempus, davon s. *Galvan.* et *Heinecc.* ll. cc. Die beste aus der L. 16. C. de usufr. hergeleitete Erklärung ist wohl: der Nießbrauch geht verlohren, wenn man ihn in zehen oder zwanzig Jahren nicht ausübt (non utendo per tempus) und während dieser Zeit ein Anderer im ruhigen redlichen Besitz der Sache gewesen ist. Dieß ist der von Justinian vorgeschriebene *modus* des *non usus*.

(2) *Telgmann* commentat. de genuina significatione vasalli, cap. 6. §. 17. sqq. *Trummer* diss. de effectu hypothecae post resolutum dominium constituentis (Lips. 1741.) §. 4.

TIT. V.

DE USU ET HABITATIONE.

§. 380. 381. Was ist der usus?

Die zweyte Gattung der persönlichen Servituten ist der *usus minus plenus*, oder usus schlechtweg. Der Unterschied dieses usus vom usufructu ist schon im vorigen Titel erklärt (§. 370). Wer usumfructum hat, nimmt allen Nutzen von der Sache, die sich nur davon ziehen läßt; wer hingegen blos usum hat, mit einem Worte der *usuarius*, darf nicht mehr von den Früchten nehmen, als er zu seiner Nothdurft bedarf (*1). Darin kommt der usus mit dem usufructu überein, daß a) der usuarius die Sache der Substanz unbeschadet brauchen muß, und die Form nicht ändern darf, wenn dieses gleich nützlich wäre, und b) sowohl des pflichtmäßigen Gebrauchs, als der Restitution wegen Caution stellen muß. c) Auf dieselbe Weise, wie der ususfructus entsteht und aufhört, entsteht und endigt sich auch der usus.

(1) Non usque *ad compendium* (sagt Ulpian L. 12. §. 1. D. h. t.) sed ad usum. Die Ausnahmen hat *Vinn*, ad pr. I. h. t. — — Mit dem gewöhnlichen Begriff des usus, daß dieser sich nur auf den nothwendigen Gebrauch einschränken soll, wird man verschiedene Bestimmungen der Gesetze nicht füglich vereinbaren können. Man sehe z. B. §. 1. bis 4. I. h. t. L. 3. §. 1 L. 4. pr. L 10. §. 3. L. 12. §. 2. L. 22. §. 1. L. 52. §. 3. D. de usu et habitat. vergl. auch

§. 383. Man sieht aus diesen Gesetzstellen selbst, daß es bey der Bestimmung des usus nicht sowohl bloß auf die Quantität oder den Umfang, als vielmehr häufig auf die Qualität, auf die Arten der Nutzung selbst, die der usuarius sich zueignen kann, ankomme. Nur in einigen Nutzungsarten wird er auf nothwendiges Bedürfniß eingeschränkt. Sehr wahrscheinlich ist folgende Conjectur über die Sache: fructus bedeutet ursprünglich den eigentlichen Fruchtgenuß, und begreift alles das, was man als Früchte der Sache sich zueignen kann; usus jeden andern Gebrauch, den man von einer Sache machen kann, ohne durch dieselbe etwas zu erwerben. Das Einerndten des Korns, das Vermiethen einer Sache gehört also ad fructum; das Lesen eines Buchs, der Gebrauch eines Pferdes zum Fahren und Reiten, ad usum. Ususfructus begreift nun beydes, wie das zusammengesetzte Wort ergiebt, den bloßen Gebrauch und den Fruchtgenuß, usus nach seiner ursprünglichen Bedeutung sine fructu als bloßer Gebrauch betrachtet, ist keinesweges auf das Nothwendige eingeschränkt. Weil es aber Fälle geben konnte, wo der vermachte usus, z. B. eines Ackers, ganz vergeblich gewesen seyn würde, wenn man dem usuarius nicht etwas de fructu hätte zugestehen wollen; so ward nach und nach iure usus auch der Fruchtgenuß, jedoch meistens nur so weit es die Bedürfnisse des usuarius erforderten, zugestanden, weil sonst die ganze Disposition gegen die Absicht des Disponenten unwirksam geworden seyn würde. Man sehe Thibaut in den Vers. üb. die Theor. des R. I. 3. W.

§. 382. Grundsätze davon.

Der usus enthält also a) gewöhnlich weniger, als ususfructus. Ich sage gewöhnlich: denn wenn der usuarius alle Früchte der Sache nothwendig braucht: so nimmt er sie auch alle, eben so gut, als ob er usumfructum hätte (*1). Der usus richtet sich nach den Bedürfnissen des usuarii. Hat er große Bedürfnisse, weil seine Familie weitläuftig ist (*2), so nimmt er viel von den Früchten; sind aber seine Bedürfnisse gering, so zieht er wenig. Vermehren oder vermindern sich die Bedürfnisse, so vermehrt oder vermindert sich auch der usus.

(1) Und in diesem Fall muß er auch alle der Sache aufliegende Beschwerden tragen. Außerdem muß der Proprietar einen Theil davon übernehmen. L. 18. D. h. t.

(2) Auch auf seinen vornehmeren oder geringeren Stand kommt etwas an.

§. 383. Wie genießt der usuarius die Sache?

Der usuarius kann weder sein Recht, noch die Ausübung desselben einem Andern verkaufen, vertauschen, vermiethen, auch nicht umsonst überlassen. Von dem Usufructuar haben wir gehört, (§. 372.) daß er zwar sein Recht nicht abtreten, aber doch durch einen Andern exerciren lassen könne. Keines von beyden ist der usuarius zu thun befugt. Wenn er auch usuarius bleiben, und nur die Früchte einen Andern genießen lassen wollte: so geht es doch nicht an. Eine völlig befriedigende Ursache dieser Verordnung weiß ich nicht anzu-

ben. Gemeiniglich heißt es: der Grund zur Ertheilung des usus sey die Nothdurft des usuarii; wenn er aber den usum einem Andern überlassen wolle, so gebe er zu erkennen, daß ihm derselbe nicht nothwendig sey. Manz (*[1]) sagt: usus non potest a persona separari, cum alius alio plus indigeat, consequenter in alterius persona alius usus sit futurus. Andere (*[2]) sagen: usus ist nicht bloß servitus personalis, sondern personalissima, die von der Person des usuarii schlechterdings unzertrennlich ist. Eine Ausnahme übrigens leidet dieser Satz, wenn der usus dem usuario völlig unnütz wäre, wofern er ihn nicht vermiethen dürfte; z. E. wenn man einem Fuhrmann den usum eines Pferdes, einem Ungelehrten den usum einer Büchersammlung vermacht hätte. 2) Wer den usum eines Landgutes hat, kann von dem Getreyde, Gemüß, Obst, Blumen, Heu, Stroh, Holz, kurz von allen Früchten, die darauf wachsen (*[3]), so viel nehmen, als er in seiner Haushaltung braucht; die übrigen Früchte aber gehören nicht ihm, sondern dem Proprietar. 3) Wer den usum eines Hauses hat, darf es mit seiner Familie bewohnen, so viel nemlich davon bewohnen, als er zur Nothdurft braucht; vermiethen aber darf er es nicht. Einen Gast aufzunehmen ist ihm erlaubt, wiewohl verschiedene ältere Römische Juristen daran zweifelten. Auch sogar einen Miethsmann, Inquilinum, darf er bey sich wohnen lassen; welches sonderbar ist, indessen in der angeführten L. 2. §. 1 und L. 4. pr. D. h. t. ausdrücklich verstattet wird (*[4]). 4) Wer usum eines oder mehrerer Stücke Vieh hat, bekommt von der Milch und dem Dünger so viel, als er nöthig hat, aber nicht die Wolle, auch nicht die Jungen. Eine hinlängliche Raison weiß ich auch davon nicht anzuführen. Manz (*[5]) sagt: die Jungen sind ein von der Mutter verschiedenes Ding. Wenn also der usuarius die Jungen nehmen wollte, so würde er ein anderes Ding gebrauchen, als dessen usus ihm gegeben ist; die Wolle kann man fast zu nichts gebrauchen, ehe sie gesponnen und verwebt ist; sobald aber das geschieht, ist sie keine Wolle mehr. Wie lahm diese Gründe sind, sieht man ohne mein Erinnern.

(1) In commentar. ad L h. t. §. 2.

(2) *Faber* in rational. ad L. 2. §. 1. D. h. t.

(3) Irrig ist es, wenn Einige, z. E. *Wesenbec.* parat. h. t. n. 2. *Beyer* ad Inst. h. t. thes. behaupten, der usuarius bekomme keine fructus industriales. S. *Vinn.* h. t. §. 1. n. t.

(4) Ulpian sagt in der L. 4. es sey dem usuario nicht zu mißgönnen, einen Miethsmann zu sich zu nehmen; quid enim si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut portiuncula contentus sit? Allein dieses befriedigt eben so wenig, als was *Faber* in rational. anführt.

(5) In commentar. ad tit. Pandectar. de usu et habitatione, quaest. 6. resp. 7. in opp. tom. 1. pag. 179.

§. 384. Von der Wohnung.

Die dritte Gattung der persönlichen Dienstbarkeiten ist die **Wohnung**, *habitatio*, oder das dingliche Recht, eines Andern Haus, der Substanz des Hauses unbeschadet, zu bewohnen. Also ist sie ein dingliches Recht, das Recht dessen, der ein Haus zur Wohnung miethet, ist also von der servitute habitationis sehr unterschieden. Der Miethsmann hat weiter nichts als ein ius ad rem gegen den Vermiether. Die alten Juristen hatten über die Natur dieser Servitut gestritten. Die Sabinianer behaupteten, sie sey ein usus, die Proculejaner hingegen, sie sey ususfructus aedium. **Javolenus** hielt sie für eine von beyden verschiedene, ganz eigene Servitut. Diese letzte Meynung hat **Justinian** durch eine Entscheidung gebilligt (*[1]).

(1) L. 13. C. de usufr. (III 33.) *Strauch* ad L. decis. Ex. 5. cap. 5. pag. 120. sqq.

§. 385 Was sie enthält.

Wer also die Servitut hat, bedient sich 1) nicht blos des Hauses zur Nothdurft, wie der usuarius; er kann Zimmer zum Vergnügen haben. 2) Er kann auch das ganze Haus vermiethen, welches dem usuario nicht erlaubt ist. Allein er hat doch 3) weniger als der usufructuarius, denn er kann es nur zum Bewohnen vermiethen, nicht zu einem andern Gebrauch. Einige Rechtsgelehrten (*[1]) behaupten mit unserm Autor, er dürfe nur die Theile des Hauses gebrauchen, die zur Wohnung im strengsten Verstande bestimmt sind, Stuben und Kammern; also nicht Keller, Speicher Hausgarten u. s. w. Allein ich weiß nicht, womit man dieses beweisen kann (*[2]).

(1) *Franzk.* ad Pand. h. t. n. 8. *Lauterbach.* coll. th. pr. eod. tit. §. 12.

(2) Die L. 13. C. de usufr. (III. 33.), welche **Heineccius** anführt, beweiset seinen Satz nicht. Streitig ist auch, ob der, welchem die servitus habitationis vermacht ist, die Wohnung einem Andern unentgeltlich überlassen könne. Nach der L. 10. pr. D. h. t. kann er es nicht. Ob dieß aber in der L. 13. C. cit. abgeändert sey, ist zweifelhaft. *Merill.* ad L. decis. pag. 48. *Faber* in rational. ad L. 10. behaupten, es sey geändert; das Gegentheil *Costa* ad §. penult. I. h. t. *Schulting* thes. controv. dec. 22. §. 7.

§. 386. Von den operis servorum.

Endlich die vierte Gattung der persönlichen Dienstbarkeiten sind die *operae servi*, oder das dingliche Recht, mir von eines Andern Sklaven Dienste leisten zu lassen. Diese Servitut hat das ganz besondere, und von den Regeln der Personalservituten abweichende, daß sie nicht mit dem Tode dessen, dem sie zusteht, aufhört; sondern auf dessen Erben geht. Nicht eher, als wenn der dienende Sklave stirbt, nimmt sie ein Ende (*[1]).

(1) Daher sie auch manche, z. E. *Vinnius* ad rubr. tit. de usufr. gar nicht zu den persönlichen Servituten rechnen.

§ 387. Deutsches Recht.

1) Die servitus usus kommt in Deutschland selten vor. Wenn ich jeman-

den den Nießbrauch, Nutzen, Abnutzen, Nutznießung, Leibzucht, Gebrauch, gebe: so zieht er alle Nutzungen, welche sich von der Sache ziehen lassen (*1). 2) Wenn indessen jemand einem Andern die servitutem usus ausdrücklich nach Römischen Grundsätzen ertheilte: so würde man das Römische Recht befolgen müssen. 3) Erklärte hingegen jemand, einer solle den nothdürftigen Unterhalt, die Lebsucht u. dgl. aus einem Gute ziehen, die nothwendige Feuerung aus einem Walde nehmen: so würde man die Subtilitäten und willkührlichen Verordnungen des Römischen Rechts vom usu nicht anwenden können, sondern die Entscheidung aus der Natur der Sache und dem bey uns eingeführten Redegebrauch zu nehmen haben (*2). 4) Die servitus habitationis wird zuweilen einem in letzten Willensverordnungen vermacht. Man muß aber hier, wie Thomasius (*3) anmerkt, die Redensarten wohl unterscheiden: a) ich vermache ihm mein Haus zur Wohnung, oder ich vermache ihm meine Wohnung; b) ich vermache ihm die Wohnung in meinem Hause, oder die Bewohnung des Hauses: und c) ich vermache ihm eine Wohnung im Hause. Nach der vermuthlichen Absicht des Testators, die aber freilich den Beweis des Gegentheils zuläßt, bekommt der Legatar das Haus eigenthümlich; im zweyten hat er die servitutem habitationis, und kann das ganze Haus einnehmen; im dritten aber hat er eine eingeschränktere Servitut, er kann nur so viel von dem Hause zur Wohnung verlangen, als er nothwendig braucht.

(1) *Schilter* Ex. 17. th. 62. Anderer Meynung ist *Stryk* us. mod. h. t. §. 1.
(2) *Beyer* posit. ad I. h. t. thes. 4.
(3) *Thomas*. not. h. t.

DE ACTIONIBUS OCCASIONE SERVITUTUM COMPETENTIBUS.

§. 388. Von der actione confessoria et negatoria directa.

Bey den Dienstbarkeiten kommen zwey Klagen vor: *actio confessoria* und *negatoria*. Jene verfolgt das Recht der Dienstbarkeit; diese aber die natürliche Freyheit, und die von Andern sich angemaßte Dienstbarkeit giebt nur Gelegenheit dazu (*1). Man wendet diese Klagen auch auf Rechte an, die eigentlich keine Dienstbarkeiten sind, und theilt sie daher in *directas* et *utiles* ein. Wenn sie nemlich wegen einer wirklichen Dienstbarkeit angestellt werden: so heißen sie actiones directae. Werden sie aber wegen anderer Gerechtigkeiten angebracht: so nennt man sie utiles.

Actio confessoria directa wird also von mir angestellt, wenn ich mir für meine Person oder Sache das Recht einer Dienstbarkeit zuschreibe, gegen den,

welcher mir die Servitut läugnet, oder in der Ausübung derselben Hindernisse macht, oder mit dem Object der Servitut dergestalt umgehet, daß mir mein Recht vereitelt werden würde, wenn dem Beklagten kein Einhalt geschähe; mit Bitte, daß man mir die Dienstbarkeit zuerkennen, dem Beklagten alle Stöhrung untersagen, und ihn deßfalls zur Cautionsleistung anhalten möge. Z. E. ich behaupte, daß mir das Recht über meines Nachbars Garten zu fahren zukomme, der Nachbar aber läugnet es, verschließt seinen Garten, will mir nicht mehr erlauben, durchzufahren. In diesem Falle stelle ich die confessorische Klage an: bringe bey, daß ich die servitutem viae rechtmäßig erworben hätte, gleichwohl in deren Ausübung vom Nachbar gestöhrt würde; ich bäte also zu erkennen und auszusprechen: daß mir diese Dienstbarkeit zustehe; der Nachbar folglich sie zu leiden, und mir Caution de non amplius turbando zu bestellen schuldig sey. Oder ich habe die Weidgerechtigkeit in eines Andern Wald, er will den Wald umhauen und in Aecker verwandeln. Oder mir steht das Beholzigungsrecht in einem fremden Walde zu, der Eigenthümer behandelt den Wald dergestalt, daß ich fürchten muß, ich werde mit der Zeit das nöthige Brennholz nicht mehr daraus ziehen können. In beyden Fällen kann ich vermittelst der actionis confessoriae den Waldeigenthümer in die Ordnung weisen.

Hingegen die negatorische directe Klage stelle ich an, wenn meine Sache frey ist; gleichwohl sich ein Anderer eine Dienstbarkeit darauf anmaßt (*2). Die Bitte gehet dahin: die Sache für frey zu erklären, dem Beklagten zu befehlen, daß er sich der angemaßten Dienstbarkeit enthalte, und die Caution de non amplius turbando leiste (*3).

(1) *Ferd. Aug. Hommel* diss. de actione confessoria ex servitute, et negatoria ex libertate, Lips. 1721.

(2) Auch wenn einer seine Servitut zu weit ausdehnt. *Boehmer* de act. sect. 2. cap. 2. §. 40. *Hommel* rhapsod. obs. 34.

(3) Die Caution de non amplius turbando wird übrigens durch ein bloßes Versprechen geleistet; der Beklagte gelobt vor dem Richter an, daß er den Kläger nicht mehr turbiren wolle. Arg. L. 3. C. de verb. et rer. signif. (VI. 38.). Es ist daher besser, daß man dem Beklagten bey Vermeidung einer bestimmten Geldstrafe die Turbationen verbieten läßt.

§. 389. Von der confessoria und negatoria utili.

Die actio confessoria utilis hat Statt, wenn ich mir ein besonderes Recht, *ius singulare privativum*, zuschreibe, welches keine Servitut ist; Andere mir es läugnen, und mich an dessen Ausübung hindern. Das Gesuch des Klägers ist, zu erkennen: daß ihm das besondere Recht zustehe, und Beklagter ihn ferner darin nicht stöhren solle. Hingegen die negatoria utilis wird angestellt, wenn ein Anderer sich ein besonderes oder ausschließliches Recht anmaßet,

und mir daher eine mit diesem Rechte streitende Handlung nicht erlauben will. Die Bitte des Klägers ist, zu erkennen: daß dem Beklagten das ausschließende Recht nicht zustehe, und er daher dem Kläger in dem, was er nach der natürlichen Freyheit, oder vermöge gemeiner und gleicher Rechte thun will, keine Hindernisse machen solle.

Also die confessoria utilis setzt voraus, daß ich ein **besonderes oder ausschließliches Recht verlange**, und meine Klage darauf gründe. Hingegen wenn ich negatoriam anstelle, so behaupte ich, daß ich die Handlung thun oder unterlassen dürfe, a) entweder wegen der natürlichen Freyheit, weil jeder Mensch nach dem Naturrecht sie thun darf; oder b) **wegen eines gemeinen Rechtes**, weil die Römischen, Canonischen oder Deutschen Gesetze die Handlung jedem erlauben; oder c) wegen eines **gleichen Rechtes**, das heißt, daß mir die Handlung eben sowohl, als dem Beklagten erlaubt sey.

Beyspiele werden die Sache aufklären. Man stelle sich vor, ich behaupte, daß mir allein das Recht zustehe, an einem Ort eine Apotheke zu haben, und ein Anderer will gleichwohl noch eine zweyte Apotheke anlegen. Wenn ich gegen ihn klage, und ihm dieses Recht negire: so ist es actio confessoria. Gesetzt aber er klagt, und läugnet mir das ausschließliche Recht auf eine Apotheke; behauptet, daß er vermöge der natürlichen Freyheit, oder vermöge des Herkommens an dem Orte, oder vermöge eines privilegii eben so gut, als ich, eine Apotheke zu errichten, befugt sey: jetzt ist es actio negatoria. Wenn es in einer Gegend hergebracht ist, daß der Zehende in der zehenten Garbe besteht, und ich behaupte, daß mir vermöge eines besondern Rechtes die neunte Garbe gehöre: so muß ich actionem confessoriam anstellen. Klagen hingegen die Zehendpflichtigen, und behaupten, daß sie vermöge des gemeinen Rechtes nur die zehente Garbe zu geben schuldig seyen: so ist die Klage actio negatoria. Wenn in einem Lande den Adelichen, welche die Gerichtsbarkeit auf ihren Gütern haben, die geistliche Gerichtsbarkeit nicht zukommt, gleichwohl einer vom Adel behauptet, daß er diese Jurisdiction habe, und deßwegen Klage erhebt, so ist es confessoria; stellt aber der Fiscal gegen ihn Klage an, so ist sie negatoria. Wenn die Bauern behaupten, daß sie dem Landesherrn zu keinen ungemessenen Frohndiensten verbunden seyen, so müssen sie actionem confessoriam anstellen; denn sie behaupten etwas singuläres, und die Vermuthung streitet gegen sie. Klagt hingegen der Landesherr, um diese gegen das gemeine Recht angemaßte Befreiung zu bestreiten, so ist es actio negatoria (*1).

(1) *Reinharth* ad *Christin.* vol. 2. obs. 33. *Stryk* de act. forens. investig. sect. 2. membr. 4. §. 5. sqq. — — *Boehmer* de actionib. sect. 2. cap. 3. §. 48. u. 49.

TIT. VI.

DE USUCAPIONIBUS ET LONGI TEMPORIS PRAESCRIPTIONIBUS.

§. 390. Uebergang zu dieser Lehre. Die modi adquirendi civiles sind entweder universales, oder singulares.

Die modi adquirendi sind entweder im Naturrecht gegründet, oder durch die bürgerlichen Gesetze eingeführt. Jene heißen naturales, und sind im Titel de adquirendo rerum dominio vorgetragen worden. Diese heißen civiles, und sind entweder *universales* oder *singulares*. Universales heißen die, wodurch man das ganze Vermögen eines Menschen, alle seine Rechte und Verbindlichkeiten erwirbt; singulares, wodurch man nur einen Theil davon an sich bringt. Die universales sind im folgenden §. erzählt.

§. 391. Modi adquirendi universales.

Sie sind nemlich: 1) *hereditatis adquisitio;* 2) *bonorum possessio,* 3) *adquisitio per arrogationem,* 4) *addictio libertatum servandarum causa,* 5) *adquisitio per sectionem bonorum,* 6) *ex senatusconsulto Claudiano.* Da in der Folge an den angeführten Orten von jedem besonders gehandelt werden wird: so ist es unnöthig, sie hier zu erklären. Nur dieß will ich hier bemerken, daß die drey ersten dieser Erwerbungsarten noch heutigestages vorkommen, die andern aber wegfallen.

Die Note sagt: Justinian hat in den Institutionen nur von diesen sechs modis adquirendi gehandelt; es giebt aber mehrere. Nemlich der siebente ist: *successio fisci in bona damnatorum et vacantia.* Wenn jemand zum Tode verurtheilt wird, der gar keine Descendenten, auch keine Ascendenten, vom ersten, zweyten, oder dritten Grade hinterläßt: so wird dessen ganzes Vermögen confiscirt. Auch in dem Fall, da jemand stirbt, auf dessen Erbschaft niemand vermöge Vertrages, oder Testaments, oder Gesetzes Anspruch hat, nimmt der Fiscus das Vermögen als eine herrenlose Sache weg (§. 703). 7) Wenn jemand ins Kloster geht; so fällt sein ganzes Vermögen dem Kloster zu. 8) Endlich wenn eine Frau in manum mariti kam (§. 126.), so erhielt der Mann ihr sämmtliches Vermögen als Heyrathsgut. In Deutschland weiß man zwar von der conventione in manum nichts, so wie sie auch im neuen Römischen Rechte nicht mehr vorkommt; allein in manchen Provinzen haben doch die Ehegatten eine allgemeine Gütergemeinschaft unter einander (§. 127.). Wo dieß ist, da erwirbt der Mann das sämmtliche Vermögen der Frau, und sie das seinige.

§. 392.

§. 392. Singulares.

Die singulares modi adquirendi civiles sind vier: 1) *usucapio*, 2) *donatio*, 3) *legatum*, 4) *fideicommissum singulare* (*1).

(1) Nach den alten Römischen Gesetzen gab es noch mehrere. Dergleichen sind das *Ius accrescendi* bey gemeinschaftlichen Sklaven, s. §. 4 I. de donat. ibique *Vinn.* et *Heinecc.*, die Mancipation s. §. 157. 279. 438. und die *cessio in iure*. Ulp. fragm. XIX. 9. *Heineccii* antiquit. lib. 2. tit. 1. §. 23.

§. 393. Was ist die Verjährung?

Um die schwere Materie von der Verjährung in ihr Licht zu setzen, will ich vorerst eine allgemeine Anmerkung vorausschicken, alsdann das System dieser Lehre nach der Ordnung der 24. Tabelle darlegen.

Die allgemeine Bemerkung ist: wenn ich eine Sache vom wahren Eigenthümer nach vorausgegangenem rechtmäßigen Titel tradirt erhalte: so werde auch ich, und zwar sogleich Eigenthümer. Es bedarf also keiner Verjährung (*1). Gesetzt aber a) jemand überläßt mir die Sache, welcher nicht Eigenthümer davon ist, und nicht befugt war, sie mir zu überlassen; z. E. ich deponire bey X eine Sache; dieser verkauft sie ohne meine Erlaubniß an Y, oder b) der wahre Eigenthümer überläßt mir sie, der Titel aber ist nicht rechtmäßig, z. E. ein Ehegatte schenkt dem andern ein Landgut. Diese Schenkung ist kein gerechter Titel, weil Ehegatten einander nichts gültig schenken können (§. 411). Oder c) eine Sache kommt unter die meinigen, und ich habe gar keinen Titel; z. E. meinem Erblasser ist eine Sache nur geliehen gewesen; ich finde sie in der Erbschaft, und glaube, sie habe dem Verstorbenen eigenthümlich gehört; behalte sie also. In diesen Fällen werde ich nicht sogleich Eigenthümer der Sache. Erst alsdann, wenn ich die Sache eine Zeitlang bona fide besessen habe, ist sie mein, und diese Erwerbungsart heißt Verjährung.

Das Rechtssystem in der Lehre von der Verjährung ist folgendes: Verjährung, Präscription, ist die Erlangung eines Vortheils, welche sich darauf gründet, daß ein Anderer sein Recht binnen der vorgeschriebenen Zeit nicht ausgeübt, und daher verlohren hat. Der Vortheil besteht entweder darin, a) daß ich eine im Besitz habende Sache, oder ein Recht, welches ich bisher ausgeübt habe, erwerbe, oder b) bloß darin, daß ein Recht, das ein Anderer auf meine Person oder Sache hatte, erlischt. Im ersten Fall ist die *acquisitiva praescriptio*, im letzten die *exstinctiva* vorhanden (*2). Durch die acquisitive Verjährung kann ich viele Arten von Rechten, als iura personarum, z. E. die Freyheit, iura in re z. E. Eigenthum, Dienstbarkeiten, Gerichtsbarkeit u. s. w. erwerben (*3). Die extinctive Verjährung bezieht sich ebenfalls auf mancherley Rechte. Es giebt nemlich verschiedene Arten von Rechten, die man verliert, wenn man sie binnen der von den Gesetzen vorgeschriebenen Frist

nicht ausübt (§. 400.) (*4). In dem gegenwärtigen Titel ist von der acquisitiven Verjährung die Rede (*5).

Das Naturrecht weiß nach der richtigern Meynung nichts von der Verjährung. Justinian rechnet sie daher mit Grund unter die modos adquirendi civiles. Die bürgerlichen Gesetze haben sie eingeführt 1) zur Strafe der Nachläßigkeit. Sie glauben, daß ein Mensch, der seine Sache lange in fremden Händen läßt, und seine Rechte versäumt, billig mit deren Verlust bestraft werde. 2) Damit die Processe nicht ewig und inextricabel werden. Wenn nemlich keine Verjährung gilt, so kann ich wegen eines Handels noch nach hundert und mehr Jahren belangt werden. Nach so langer Zeit ist die Sache in Vergessenheit gekommen, die Zeugen sind gestorben, die Documente verlohren u. s. w. Daher ist sehr heilsam verordnet, daß jede Klage binnen gewisser Zeit angestellt werde, und daß sie, wenn dieß nicht geschiehet, verlohren seyn soll. 3) Würden ohne Verjährung die Eigenthumsrechte immer ungewiß bleiben. Wenn ich eine Sache durch den gerechtesten Titel an mich brächte, so würde ich doch nicht versichert seyn, daß ich sie behielte, weil es seyn könnte, daß mein auctor (der, von dem ich sie erhalten habe) nicht befugt gewesen wäre, sie mir zu überlassen. Durch die Verjährung wird dieser Ungewißheit abgeholfen.

(1) *Meister* progr. de errore circa titulum eiusque effectu in usucap. §. 7. in opusc. vol. 1. p. 133.

(2) Diese Distinction ist im Römischen Rechtssystem gegründet, die Ausdrücke aber, praescriptio adquisitiva und extinctiva, sind modern. — — Die merkwürdigsten Schriften über die Verjährung sind: *I. Ravii* principia univ. doctr. de praescript. cum not. Eichmanni, Halae 1770. *I. L. Schmidt* opuscula de praescript. etc. Ienae 1780. Zur nähern Erläuterung der einzelnen Gesetzstellen des Römischen Rechts dient ganz vorzüglich E. C. Westphal System des R. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung. Eine faßliche Uebersicht der ganzen Lehre mit verschiedenen Berichtigungen derselben giebt die neueste Schrift: Ueber Besitz und Verjährung von Thibaut, Jena 18 2, welche daher auch den Anfängern besonders zu empfehlen ist. W.

(3) Von der Verjährung dieser verschiedenen Rechte s. *Rave* de praescriptione §. 16-88. Kann man aber auch ein Pfandrecht durch die Verjährung erwerben? Wenn mir nemlich jemand eine Sache zum Pfand giebt, von der er nicht Eigenthümer ist, und ich die Sache 10, oder 20 Jahre bona fide besitze, erlange ich dadurch ein Pfandrecht? *Mudaeus* ad tit. de contr. emt. vend. p. m. 28. *Christ. Gottl. Gmelin* in tract. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditor in re sibi non propria constituit, §. 23. pag. 74. Joh. Ludw. Schmidt in s. Rechtssprüchen S. 441. u. f. f. und Ernst Gottfr. Schmidt Abh. vom Erwerb des Pfandrechts durch die Verjährung. Jen. 1788. behaupten es. Anderer Meynung ist mit verschiedenen ältern Juristen *Io. Bapt. Wankel* (*I. G. Koch*) diss. de pignore usucapto (Giss. 1786) §. 20. Die Sache ist zweifelhaft, und es hält schwer das pignus usucaptum aus den Römischen Gesetzen

zu vertheidigen. Daß man auch ein ius ad rem durch die Verjährung erwerben könne, behauptet unter andern *Ioach. Erdm Schmidt* diss. de literar. obligatione (Ien. 1766.) cap. 1. §. 4. not. a) mit Beziehung auf L. 6. D. de usur. Allein diese Stelle beweiset dieß gar nicht. Man s. *Noodt* tr. de usur. lib. 3. cap. 1. — — Vergl. bey dieser Note überhaupt Thibaut über Besitz und Verjährung §. 73. pag. 113. Die Verjährung, als ein blos bürgerliches Institut, kann nicht weiter, und nicht anders Statt finden, als die Gesetze sie wirklich sanctionirt haben. W.

(4) *Rave* de praescript. §. 89. sqq. — — Im juristischen Redegebrauch ist aber Verjährung in engerer Bedeutung, und der Verlust eines Rechts durch bloßen Nichtgebrauch noch verschieden. Bey dem letztern kommt nichts weiter in Betrachtung, als daß ein Recht in gewisser Zeit nicht ausgeübt worden ist. Von der erstern hingegen, sie sey adquisitiva oder extinctiva, ist eigentlich nur in den Fällen der Nichtausübung eines Rechts die Rede, wo ein Anderer gegen die Befugniß des Berechtigten etwas besessen, ein entgegenstehendes Recht ausgeübt, oder etwas nicht geleistet hat. *Hombergk zu Vach* diss. de praescript. extinctiva cum interitu iurium per non usum non confundenda. Marb. 1750.

(5) Die Geschichte der Verjährungslehre erzählen *Galvanus* de usufr. cap. 11. *Franc Car. Conradi* in einer Abhandlung, welche seiner triga libellorum, quibus iura usucapionum illustrantur, (Lips 1728 4.) vorgesetzt ist, und *Andr. Flor. Rivinus* diss. de usucapionis statu sec. ord. chronologicum a XII. tabulis ad tempora Iustiniani, Lips 1756. *Chr. Frid. Pohl* diss. de origine et fatis praescriptionis longissimi temporis usque ad Iustinianum. Lips. 1779. *Eiusd.* diss. de fatis praescriptionis longissimi temporis ex legibus Iustiniani, ibid. 1780. Carl Heinrich Gros Geschichte der Verjährung nach dem Römischen Rechte, Göttingen 1795. 8. Thibaut l. c. §. 5. ꝛc. pag. 67. ꝛc. Man unterscheide in dieser Geschichte drey Perioden.

Erste Periode. Nach den Gesetzen der 12 Tafeln wurden bewegliche Sachen binnen Einem Jahr, unbewegliche in zwey Jahren usucapirt. So sind die Worte der zwölf Tafelgesetze zu verstehen: usus auctoritas fundi biennium, caeterarum rerum annus esto. Nemlich usus heißt der Besitz, auctoritas ein gesetzliches Eigenthum. Also die Decemvirn wollen sagen: usus qui auctoritatem, id est, iustum dominium fundi adferat, sit spatium biennii, qui caeterarum rerum dominium adferat, sit annalis. *Cont.* disp. lib. 1. cap. 11. in oper. p. 167. *Conradi* not. ad *Raevard.* p. 50 sqq. in cit. trig. libellor. Anders erklärt diese Worte *Otto* in praef. ad Tom. III. thesaur. p. 33. Aber diese Usucapion hatte a) nur bey körperlichen Sachen; b) bey liegenden Gütern in Italien; c) nicht bey unkörperlichen Dingen oder Gerechtsamen; auch d) nicht bey Gütern in den Provinzen Statt; und e) nur ein Römischer Bürger war dazu fähig.

Zweyte Periode. Weil die Usucapion in so enge Grenzen eingeschlossen war, so erfand der Prätor die *praescriptionem longi temporis*, als ein Supplement der Usucapion. Diese hatte a) Statt bey solchen Dingen, wo die Usucapion wegfiel; b) auch ein peregrinus konnte sie gebrauchen; c) sie gab aber kein vollkommenes Eigenthum; sondern nur ein *ius retinendi et excipiendi*; oder richtiger zu reden, sie war nichts anders als eine Einrede, welche hier vom langwierigen Besitz hergenommen ward. (Ueberhaupt bedeutet der Ausdruck praescriptio

in der Römischen Sprache jede Einrede, und wird erst durch einen gewissen Zusatz näher bestimmt; B praescriptio transactionis - L. 9. D. - de transaction. - praescriptio doli mali L. 91. D. de solution. d. i. exceptio transactionis, exceptio doli mali. Sollte die Verjährung angedeutet werden: so hieß es praescriptio temporis, longi vel longissimi temporis, vid. *Brissonius* de V. S. voc. praescriptio). — Wenn ich nun eine Sache in langwierigem Besitz gehabt hatte: so konnte ich mich mit der praescriptione temporis gegen jeden schützen, der mir die Sache wegnehmen wollte; verlohr ich aber den Besitz, so konnte ich die Sache nicht directe vindiciren; denn ich war noch kein vollkommener Eigenthümer geworden. Indessen gaben doch die Prätoren dem, der sich praescriptione longi temporis schützen konnte, auch utilem rei vindicationem gegen andre Besitzer der Sache. L. 13. §. 1. D. de iureiurando. L. 8 C. de praescript. XXX. vel XL. annor. Diese Verjährung erforderte aber in jenem Betrachte iustum titulum, bonam fidem, und einen ununterbrochenen Besitz von 10 oder 20 Jahren. Sie heißt die prätorische Verjährung, auch praescriptio longi temporis, (und als erwerbende Verjährung betrachtet, longa possessione capio L. 4. §. 1. L 14. D. pro emtore, ein Ausdruck, den die neuern Rechtsgelehrten fast gar nicht mehr beachten). Ob sie bey beweglichen Sachen in drey Jahren vollendet werden konnte, oder ob auch hier 10 oder 20 Jahre nöthig waren, ist sehr zweifelhaft. *Conradi* l. c. §. 14. *Groening* §. 2. vergl. Westphal von den Arten der Sachen rc. §. 779.

Dritte Periode. Die beyden Kaiser Theodosius und Anastasius führten die 30 und 40jährige Präscription der Klagen ein. Nemlich die Klagen, welche nicht zuvor schon auf ein halbes, Ein Jahr, drey, fünf, zehen zwanzig Jahre eingeschränkt waren, sondern ewig dauerten, sollten zum Theil in dreyssig, zum Theil in vierzig Jahren präscribirt werden. Insonderheit verordnete Anastasius, daß die fiscalischen Ansprüche der 40jährigen Präscription unterworfen seyn sollten. Aber auch diese Verjährung gab nichts weiter, als ein Recht zu excipiren, und actionem utilem anzustellen.

Vierte Periode. Justinian verordnete: 1) daß bewegliche Sachen nicht eher, als in drey, unbewegliche nicht eher, als in zehen oder zwanzig Jahren sollten usucapiret werden können. Kurz, er verlängerte die Zeiten der Usucapion. L. un. C. de usucap. transform. 2) Verordnete er, daß man auch liegende Güter in den Provinzen sollte usucapiren können. L. cit. 3) Er bestätigte, der Verjährung der langen Zeit die Kraft, rei vindicationem, zu verschaffen. L. 8. §. 1. C. de praescript. XXX. vel XL. annor. 4) Sachen, die jemand ohne Titel, jedoch mit anfänglicher b f. besitzt, sollten in dreyssig oder vierzig Jahren verjährt werden. Wer hingegen eine Sache 30 oder 40 Jahr mala fide besessen hat, soll zwar die Einrede der Verjährung haben, solang er im Besitz ist, aber keine rei vindicationem, wenn er aus dem Besitz gekommen ist: cit. L. 8 §. 1. 5) Für res adventitias filiorum familias und 6) für Sachen, die ein unredlicher Besitzer ohne Wissen des Eigenthümers veräußert, bestimmte er dreyssig Jahre zur Verjährung. Nov. 22 cap. 24. Nov. 131. cap. 6. 7) Bey den Sachen des Fiscus behielt er die vierzigjährige Verjährung bey, und führte bey den Sachen der Kirchen die hundertjährige Präscription ein. L. 23. C. de SS. eccles. Nov. 9.

Daraus wird man nun auch den Streit beurtheilen können, ob Justinian

die Usucapion und Präscription ganz zusammen geschmolzen habe? Gewiß ist, daß Justinian nicht alle Verjährung der Usucapion gleich gemacht hat. Die praescriptio *longissimi temporis* erfordert andere Zeiten, als die Usucapion. Es ist auch zweifelhaft, ob sie wie die Usucapion, ein vollkommenes Eigenthum, ob sie eine directam, oder nur utilem rei vindicationem wirke (wiewohl dieser Unterschied ohne practischen Nutzen ist). Daß sie aber zuweilen nichts weiter, als eine Exception, gar kein Recht zu vindiciren giebt, ist außer Zweifel, wenn nemlich die bona fides fehlt. Hingegen die Usucapion und Verjährung der langen Zeit, sind, wie ich dafür halte, nach Justinianeischem Recht bis auf eine unbedeutende Kleinigkeit einerley. Denn sie haben a) einerley Erfordernisse; beyde erfordern eine Zeit von 3, 10 oder 20 Jahren, beyde einen gerechten Titel, bonam fidem und Civilbesitz. Sie haben b) einerley Wirkungen, beyde wirken ein Eigenthum, und rei vindicationem (ob eine directam oder utilem, ist unerheblich); auch c) sind sie einerley in Ansehung des Gegenstandes; die Sachen, welche usucapirt werden können, kann man auch in langer Zeit verjähren, und umgekehrt. Der einzige Unterschied (freylich ein bloßer Nominalunterschied), ist zwischen beyden, daß man bey unkörperlichen Dingen, z. E. Servituten, das Wort *usucapio* nicht braucht. Von diesen sagt man nur, daß sie präscribiret werden. Anderer Meynung ist indessen *Galvan.* de usufr. l. c. §. 17. wo er weitläuftig zu beweisen sucht, daß die usucapio und praescriptio longi temporis noch immer sehr verschieden seyen.

Es verdient hier noch bemerkt zu werden, daß die Präscription von einigen Juristen in die conventionelle und legale eingetheilt wird. Praescriptio conventionalis ist vorhanden, wenn mir durch einen Vertrag ein gewisser Zeitraum bestimmt ist, und ich die Zeit verstreichen lasse. Beyspiele werden §. 873. und 875. vorkommen. Legalis, wenn das Gesetz den Zeitraum bestimmt. Von den rechtlichen Wirkungen dieses Unterschiedes handelt *Sam. Stryk* in diss. de praescriptione conventionali ad L. Aemilius 38. D. de minor. cap. 2. n. 18. cap. 6. n. 1. sqq. und *Heinr. Christ. Stryk* diss. interesse controvers. nr. cap. 5. §. 20. — — Man fügt auch noch *iudicialem* und *testamentariam* als besondere Arten hinzu, nachdem die Zeit, binnen welcher ein Recht ausgeübt werden muß, durch Verfügung des Richters oder durch Testamente bestimmt worden ist. Thibaut über Besitz und Verjähr. §. 2. pag. 64 ꝛc. Nur muß von jeder Verjährung immer wohl unterschieden werden die extinctio iuris temporarii per temporis lapsum, da ein auf gewisse Zeit ertheiltes Recht mit dem Ablauf der letztern aufhört, es mag immittelst gebraucht seyn oder nicht; wogegen die Verjährung allemal den Nichtgebrauch eines gewissen Rechts, als den Grund seines Verlustes, voraussetzt. W.

§ 394. Erfordernisse der acquisitiven Verjährung.

Um die Erfordernisse der erwerbenden Verjährung einzusehen, bemerke man: wenn ich etwas durch die Verjährung erwerben will, so besitze ich entweder ununterbrochen, mit einem rechtmäßigen Titel, und bona fide eine Sache, die nicht unter die Ausnahmen gehört; oder nicht. Im ersten Falle acquirire ich die Sache in langer Zeit; das heißt in drey, in zehen oder in zwanzig Jahren. Im letzten Falle muß man weiter distinguiren. Entweder

fehlt es 1) an der ununterbrochenen Possession, oder 2) an der bona fide, oder 3) am rechtmäßigen Titel, oder 4) die Sache gehört zur Ausnahme, ist von einer besondern Art, ist nicht *usucapibilis*, wie Einige sagen. Wenn das erste oder zweyte Erforderniß fehlt, so fällt alle erwerbende Verjährung weg; fehlt das dritte, der iustus titulus nemlich, so muß ich dreyßig Jahre besitzen. Ist endlich am vierten Stücke ein Mangel, so ist entweder die Sache zu aller Verjährung ganz ungeschickt, oder nur zu derjenigen, die in langer Zeit geschieht. Wenn die Sache zu aller Verjährung unfähig ist, so fällt auch diese ganz weg. Wofern aber die Sache nur zur Verjährung der langen Zeit unfähig ist, so muß ich nach Verschiedenheit des Gegenstandes, um zu verjähren, den Besitz 30, 40 oder 100 Jahre fortsetzen.

§. 395. Von der Verjährung der langen Zeit.

Wir wollen nun alle diese Fälle einzeln nach der Reihe durchgehen. Der erste Fall in der 24 Tabelle) ist: ich besitze ununterbrochen, mit rechtmäßigem Titel und gutem Glauben eine Sache, bey welcher (in Rücksicht der Verjährung) nichts besonders verordnet ist. In diesem Falle wird die Sache in 3, 10 oder 20 Jahren mein; a) in drey Jahren, wenn es eine bewegliche Sache ist; b) in zehen Jahren, wenn sie unbeweglich, und der wahre Eigenthümer gegenwärtig ist; endlich c) in zwanzig Jahren, wenn die Sache unbeweglich, der wahre Eigenthümer aber abwesend ist.

Also bey beweglichen Sachen kommt nichts auf die Gegenwart oder Abwesenheit des Eigenthümers an. Diese Sachen werden ohne Unterschied binnen drey Jahren verjährt. Hingegen bey unbeweglichen Sachen muß man zusehen, ob der, gegen den ich verjähren will, gegenwärtig ist, oder nicht. Was heißt aber gegenwärtig? Nach Römischen Gesetzen heisse ich in dieser Materie gegenwärtig, wenn ich in derselben Provinz wohne, worin der wohnt, welcher meine Sachen verjähren will. Da wir aber die Einrichtung mit Provinzen nicht haben wie die Römer, so muß man analogisch in Deutschland den für gegenwärtig halten, welcher mit dem Präscribenten an Einem Orte wohnt, oder wo dieß nicht ist, doch mit ihm einerley Richter in erster Instanz hat (*1). Z. E. wenn zwey Dörfer in Einem Amte liegen, so sind die Einwohner derselben in Rücksicht der Verjährung einander gegenwärtig. Stehen zwey Personen in erster Instanz unter derselben Regierungscanzley, so sind sie einander gegenwärtig, ob sie gleich in verschiedenen Städten wohnen.

Wie aber, wenn der, gegen welchen ich verjähren will, eine Zeitlang gegenwärtig, und eine andere Zeitlang abwesend, jedoch weder zehn Jahre hindurch gegenwärtig, noch volle zwanzig Jahre abwesend ist? Z. E. ich bekomme im Jahr 1760. eine Sache in meinen Besitz, und will sie verjähren;

der wahre Eigenthümer ist von 1760. bis 1770. abwesend; von 1770. bis 1776. aber gegenwärtig; im Jahr 1776. stellt er die Vindicationsklage gegen mich an; ich setze ihm die Einrede der Verjährung entgegen; ist die Verjährungszeit vollendet? Wenn man bedenket, daß ich in zehen Jahren gegen einen Gegenwärtigen, erst in zwanzig Jahren aber gegen einen Abwesenden verjähren kann: so wird sich daraus der Schluß von selbst geben, daß ein Jahr der Gegenwart so viel gilt, als zwey Jahre der Abwesenheit. Man kann also in Fällen, wo der Eigenthümer einige Jahre gegenwärtig und einige abwesend war, die Jahre der Gegenwart verdoppeln, und das Doppelte nun als Jahre der Abwesenheit betrachten. Umgekehrt kann man auch die Jahre der Abwesenheit halbiren, und alsdann diese Hälfte für Jahre der Gegenwart ansehen. In dem gegebenen Exempel war

vom Jahr 1760. bis 1770. } der Eigenthümer abwesend,
von da bis 1776. } gegenwärtig.

Hier also sind : : 10 Jahre der Abwesenheit.
: : 6 Jahre der Gegenwart.

Man verdopple die letztern, setze anstatt der 6 Gegenwartsjahre, 12 Jahre der Abwesenheit. Nun hat man:

10 Jahre der wirklichen Abwesenheit.
12 Jahre der Abwesenheit, welche durch das Verdoppeln der Gegenwartsjahre entstanden sind.

Summe: 22 Jahre der Abwesenheit.

Demnach wäre die Zeit der Verjährung vollendet. Oder man lasse die 6 Jahre der Gegenwart stehen, halbire aber die 10 Jahre der Abwesenheit, und addire die Hälfte zu jenen 6 Jahren, also setze

6 Jahre der wirklichen Gegenwart.
5 Jahre der Gegenwart, welche durch das Halbiren der Abwesenheitsjahre entstanden sind.

Summe: 11 Jahre der Gegenwart.

Folglich ist auch nach dieser Rechnung die Präscriptionszeit vollendet (*2).

(1) *Hahn* ad *Wesenbec.* tit. de usucap. n. 7. verb decem annor. *Ludeking* de praescription. pag. 16. n. 69. *Stryk* us. mod. tit. de usucap. §. 7. *Berger* Oec. I. lib. 2. tit. 2. §. 24. not. 2 *Müller* ad *Leyser* Obs. 179.

(2) Nov. 119. cap. 8 *Meister* diss. vindiciae legislationis Iustinianeae de mixto tempore computando, in opusc. n. 8.

§. 396. Was ist bona fides?

Wir gehen zum zweyten Fall, wenn die bona fides fehlt. Hier fällt alle erwerbende Verjährung weg. Bey jeder acquisitiven Verjährung ist der gute Glaube, *bona fides*, schlechterdings erforderlich. Diese bona fides besteht bey dem Besitz körperlicher Sachen darin, daß ich 1) glaube, der, von welchem ich die Sache erhalten habe, sey befugt gewesen, sie auf mich zu übertragen; 2) daß ich glaube, ich sey befugt, zu verjähren. Wenn ich geglaubt habe, die Sache sey nicht verjährbar, gesetzt auch, ich hätte mich darin geirrt: so kann ich nicht verjähren (*1). 3) Daß mein Irrthum Entschuldigung verdient. Diese verdient er, wenn er entsteht a) aus der Unwissenheit eines fremden facti, z. E. wenn ich eine Sache kaufe, und nicht weiß, daß sie dem Verkäufer blos geliehen war. Nur muß sich diese Unwissenheit nicht auf die äusserste Nachläßigkeit (culpam latam) gründen. Wenn ich etwas nicht weiß, was ich doch sehr leicht hätte wissen können, und worum ich mich hätte erkundigen sollen, so verdient die Unwissenheit keine Entschuldigung (*). b) Aus der Unwissenheit eines Gesetzes, welches nicht allgemein bekannt, oder ungewiß ist; z. E. wenn ich eine Sache kaufe, die einem Minderjährigen gehört, die aber ohne Nothwendigkeit, blos weil es nützlich ist, verkauft wird (§. 204.) (*2).

Nach dem Römischen Recht ist es genug, wenn ich im Anfange, da ich die Sache in Besitz bekomme, in bona fide bin. Wenn ich eine Sache kaufe, so muß ich zur Zeit des geschlossenen Contractes, und zur Zeit der Tradition in bona fide seyn; bey andern Contracten hingegen ist nur nöthig, daß ich es zur Zeit der Tradition bin (*3). Die Ursache dieser Verschiedenheit weiß ich nicht. Ludeking (*4) giebt einige an, die aber nicht befriedigen. Nach dem Canonischen Recht muß man die ganze Verjährungszeit durch in bona fide seyn, und dieß ist in der Praxis angenommen (*5).

Worin bey dem Quasibesitz einer Gerechtigkeit die bona fides bestehe, läßt sich aus dem vorhin Gesagten leicht schließen. Uebrigens wird die bona fides vermuthet, und wer behauptet, daß ich in mala fide sey, muß es beweisen (*6).

Die Anmerkung sagt: in dem Fall, wenn ich von einer fremden Sache Früchte ziehen will, so muß ich auch nach Römischem Recht in beständiger bona fide seyn; denn die bona fides ist der Grund von der Erwerbung der Früchte. Da ich nun alle Jahre Früchte ziehen will, so muß ich auch alle Jahre in bona fide seyn (*7).

(1) L. 32. §. 1. D. h. t.

(*) L. 5 §. 1. D. pro suo.

(2) L. 25. §. 6. D. de hered. petit. *Leyser* spec. 455. med. 4. *Meister* diss. cit. cap. 3. §. 8. in opusc. p. 67. Strube rechtl. Bed. 4. Theil, 254. Seite. *Müller* ad

ad *Leyser* obs. 721. et 723. — — Der Irrende als solcher ist hier nie in mala fide. Dieß gilt natürlich, und vermöge des angeführten Gesetzes auch von dem, der in den Rechten irrt, oder die Vorschriften derselben nicht weiß. Nur soll diesem die Unwissenheit oder der Irrthum zum Zweck der Verjährung nicht zu Statten kommen. L. 2. §. 15. D. pro emt. L. 31. D. h. t. L. 4. et 7. D. de iur. et facti ignorant. Iuris error, sagt *Thomasius* adnotat. ad Huberi praelect. Institut. h. t. ad malam fidem referri non potest, etsi non gaudeat effectu bonae fidei. (§. 399.) W.

(3) L. 2. pr. D. pro emt. L. 10. pr. L. 15. §. 3. L. 48. D. h. t. *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de usucap. §. 12. *Cocceii* iur. controv. eod. tit. quaest. 7. Westphal v. d. Arten der Sachen ꝛc. §. 609. ꝛc. und 684.

(4) *Ludeking* tract. de praescript. p. 127. Man s. auch *Donell.* comment. iur. civ. lib. 1. cap. 17. und *Meister* diss. cit. in opusc. pag. 71. sqq.

(5) *Leyser* sp. 455. med. 12. 13. *Cramer* obs. tom. 2. pag. 427. *Rave* de praescript. p. 36.

(6) *Ludeking* tr. cit. cap. 5. n. 35. sqq. p. 136. *Gilkenius* in tract. de usucap. et praescript. pag. 300. n. 10. sqq.

(7) So lehrt Ulpian L. 23. §. 1. de A. K. D. Wie damit L. 25. §. 2. de usuc. zu vereinigen ist, davon sehe man *Struv.* imo ad h. loca. — vergl. Westphal v. d. Arten der Sachen §. 871. 872.

§. 397. Von dem Besitz.

Der dritte Fall nach Anleitung der Tabelle ist: wenn es am ununterbrochenen Besitze fehlt. Zu dessen Erläuterung bemerke man: die acquisitive Verjährung erfordert schlechterdings Besitz oder Quasibesitz. Allein nicht jeder Besitz setzt mich in den Stand zu verjähren, sondern ich muß die Sache, die ich verjähren will, **in meinem eigenen Namen, und in der Absicht besitzen, sie als die meinige zu behalten.** Wenn ich eine Sache nur geliehen oder gemiethet habe; wenn sie bey mir deponirt, mir verpfändet ist, und ich sie auch dreyßig Jahre auf diese Art besitze: so wird sie darum nicht mein; denn ich habe die Absicht nicht, die Sache als die meinige zu behalten, und nähme ich mir wirklich vor, sie dem Eigenthümer nicht wieder zu geben, so würde die male fides die Verjährung hindern §. 398. vergl. auch §. 282. n. 3.).

Das ist nicht nöthig, daß ich allein während der ganzen Verjährungszeit die Sache besitze; sondern ich kann den Besitz eines Andern continuiren. Z. E. man stelle sich vor, eine Sache soll in zehen Jahren verjährt werden; A hat sie fünf Jahre besessen, darauf an B verkauft, dieser hat sie drey Jahre im Besitz gehabt, alsdann an C verkauft, und dieser endlich ist noch zwey Jahre im Besitz gewesen. In diesem Falle ist die Sache präscribirt; denn die fünf Besitzjahre des A, die drey des B, und die zwey des C machen die ganze Präscriptionszeit aus. Dieß drückt man kurz also aus: *successor continuat possessionem auctoris sui*, oder auch *tempora auctoris et successoris conjunguntur* (*1).

Indessen ist ein Unterschied zwischen einem allgemeinen Successor, welcher alle meine Rechte und Verbindlichkeiten, z. E. durch Erbschaftsrecht erhält, und einem *successori singulari*, der nur eine einzelne Sache, z. E. durch Kauf, Tausch, von mir bekommt. Ein successor universalis succedirt seinem Vorgänger auf doppelte Art, a) *in possessione*, und b) *in fide*; das heißt, er bekommt nicht nur den Besitz des antecessoris, sondern wird auch als *bonae fidei* possessor angesehen, wenn der antecessor in bona fide war; als malae fidei possessor, wenn der antecessor es gewesen ist; oder, wie man es auch ausdrückt: *heres succedit in vitia realia defuncti*. Die Ursache liegt in der Regel: der Universalsuccessor und sein Autor, z. E. der Erblasser, werden als Eine Person angesehen (§. 482.). Der successor singularis hingegen succedirt blos in possessione, nicht in fide. Er bekommt den Besitz seines Vorgängers; allein dessen bona fides hilft ihm nichts, und dessen mala fides schadet ihm nichts. Daraus ergeben sich dann folgende Resultate:

Erste Regel. Wenn der antecessor in bona fide war, so kann der Universalsuccessor die angefangene Verjährung vollenden, und zwar ist es nach dem Römischen Recht nicht nöthig, daß er selbst in bona fide sey. Denn dieses Recht erfordert, wie wir aus dem vorhergehenden §. wissen, nur im Anfang bonam fidem (*2), und die bona fides des Erblassers kommt den Erben zu statten, dergestalt, daß es anzusehen ist, als ob er selbst anfänglich in b. f. gewesen wäre.

Zweyte: War der Vorgänger in mala fide, so kann der Universalsuccessor gar nicht verjähren, wenn er gleich selbst in bona fide wäre (*3).

Dritte: Ein *successor singularis* kann, wenn der Vorgänger *in bona fide* war, die Verjährung fortsetzen. Nur muß er selbst in bona fide seyn. Ist er in mala fide, so kann er sie weder fortsetzen, noch eine neue anfangen (*4); denn ohne bonam fidem ist keine erwerbende Verjährung möglich, und die bona fides des Vorgängers hilft einem solchen Nachfolger nichts.

Vierte: Wenn der *successor singularis* die Verjährung fortsetzen will, dessen *antecessor in mala fide* war: so sehe man zu, ob der Nachfolger auch in mala fide ist, oder nicht. Ist er selbst in mala fide, so kann er keine Präscription fortsetzen, und selbst keine anfangen. Keine fortsetzen, denn der Vorgänger hat keine angefangen; keine anfangen, denn er selbst ist in mala fide. Ist hingegen der Nachfolger in bona fide, so kann er eine Verjährung anfangen, doch muß er zuweilen, wie wir §. 403. hören werden, dreyßig Jahre lang besitzen. S. die zu diesem §. gehörige 25ste Tabelle.

(1) *Os. Aurel.* de variantibus *Cuiac.* dispunct. 46. in thesaur. *Otton.* tom. 3. p. 179 — — Diese Verbindung des beyderseitigen Besitzes heißt auch Accessio possessionum L. pen. D. de divers. temp. praescript. et de acces-

sionib. possess. L. 2. §. 16. D. pro emt. Daher auch accessio temporis L. ult. §. ult. D. de iure dot. L. 14. D. de usucap. L. 14. §. 1. L. 15. §. 1. D. divers. temp. etc. W.

(2) Strube rechtl. Bed. 2. Band, 101. Bed. Wie steht es aber mit dem Canonischen Recht? Das cap. fin. X. de praescript. redet zwar nur von dem Fall, wenn ein und dieselbe Person die Verjährung anfängt und vollendet; nicht von dem, wenn der Erbe die Verjährung seines Erblassers fortsetzen will, und verordnet in jenem Falle, daß der Verjährenwollende die ganze Zeit über in bona fide seyn. Allein die Raison, die es anführt: quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, ist doch allgemein. Man muß daher behaupten, daß der Erbe allerdings in bona fide seyn müsse. *Struv.* ex. 43. th. 18. *Siegel* diss. de ver. hereditar. usucap. §. 7. Anderer Meynung ist *Dieterich* diss. de continuatione possessionis per successores, th. 11.

(3) Daß der Erbe, im Falle sein Erblasser in mala fide war, keine Verjährung fortsetzen kann, ist gewiß; denn der Verstorbene hatte keine angefangen. Allein kann der Erbe keine in eigener Person anfangen? Dieß ist sehr streitig. Ich halte die verneinende Meynung, aus den im §. angeführten Gründen für richtiger, weil der Erbe mit dem Verstorbenen für Eine Person gehalten wird, und in seine vitia realia succedirt. *Fackineus* controv. lib. 1. cap. 66. lib. 8. cap. 27. *Vinn.* ad §. 7. h. t. n. 5.

(4) Ne vitiosae quidem possessioni ulla potest accedere, sed *nec vitiosa ei quae vitiosa non est*, sagt Ulpian in der L. 13. D. de adquir. vel am. possess. am Ende. *Cocceii* iur. controv. tit. de usucap. quaest. 22.

§. 398. Von der Unterbrechung der Verjährung.

Es ist nicht genug, daß der, welcher verjähren will, im Besitz sey, sein Besitz muß auch ruhig seyn. Die gänzliche Unterbrechung einer angefangenen Verjährung heißt usurpatio. Sie ist also von den Fällen wohl zu unterscheiden, wo eine Verjährung einstweilen nur ruhet, oder aufgeschoben wird, — interruptio temporalis — (§. 402. not. 4.) und kann geschehen a) durch die Unterbrechung des Besitzes; b) durch ein Gesetz; c) durch Anstellung einer Klage; auch d) zuweilen durch eine aussergerichtliche Protestation. Wenn sie a) durch wirkliche Unterbrechung des Besitzes geschiehet, so heißt sie *usurpatio naturalis*. Z. E. jemand will meine Taschenuhr verjähren, sie wird ihm aber gestohlen oder geraubt, er verliert sie auf der Straße, ehe die Verjährungszeit vollendet ist (*1). Nun ist seine Verjährung dergestalt unterbrochen, daß, wenn er auch wieder in den Besitz kommt, er doch ganz von neuem zu verjähren anfangen muß. Dieser natürlichen Unterbrechung ist entgegen gesetzt: usurpatio *civilis*; und findet Statt, wenn b) durch ein Gesetz die Verjährung unterbrochen, nämlich während der Verjährungszeit ein Gesetz gegeben wird, das die Verjährung dieser Sache verbietet (*2); besonders aber auch c) wenn der Eigenthümer gegen den, welcher verjähren will, klagt, und der Richter diesen vor der vollendeten Verjährung citiren läßt. Durch diese Citation wird die Verjährung unter-

brochen (*3). Ja, wenn sich der Kläger alle Mühe gegeben hat, vor dem Ablauf der Verjährungszeit eine Citation zu erhalten; so ist auch das schon genug, und die Verjährung ist unterbrochen, gesetzt auch, daß die Citation dem Besitzer erst insinuiret worden wäre, als die Verjährungszeit schon vollendet war (*4).

Was ist aber die Wirkung dieser Unterbrechung? Man mache einen Unterschied: entweder wird der Proceß entschieden, oder er bleibt liegen. Im letzten Falle kann ihn der Kläger binnen 40 Jahren wieder fortsetzen, und diese 40 Jahre fangen an zu laufen vom letzten gerichtlichen Actus, der in dem Proceß geschehen ist. Wird hingegen der Proceß entschieden, so fällt er entweder für den Kläger aus, oder für den Beklagten. Wenn der Kläger gewinnt, so muß der Beklagte die Sache herausgeben, und kann sich nicht darauf berufen, daß während des Processes die Verjährungszeit zu Ende gegangen sey. Gewinnt hingegen der Beklagte, so ist es eben so gut, als ob der Proceß gar nicht angestellt worden wäre, und die Präscription ist nicht dadurch unterbrochen. Z. E. ich habe im Jahr 1760. ein Gut gekauft, im Jahre 1765. macht A Anspruch daran; der Proceß wird im Jahr 1769. entschieden, und A mit seiner Klage abgewiesen. Im Jahr 1771. kommt B, und will das Gut vindiciren, ich setze ihm die Exception der Verjährung entgegen. Er replicirt: die Verjährung sey durch den vom A. angestellten Proceß unterbrochen worden, also noch nicht vollendet. Diese Replik ist ohne Grund. Da ich von der Klage, die A anstellte, losgesprochen worden bin: so konnte dieser ungerechte Proceß meine angefangene Verjährung nicht interrumpiren (*5).

Endlich d) wird die Verjährung auch zuweilen durch aussergerichtliche Protestation unterbrochen; wenn ich nemlich dabey dem Besitzer Gründe vorlege, die ihn in malam fidem bringen (*6); denn nun kann er nach dem Canonischen Rechte nicht mehr verjähren.

In der Anmerkung stehet noch: der Landesherr hat das besondere Vorrecht, daß, wenn er etwas als eine rem fiscalem oder dominicam verkauft, die Käufer sogleich Eigenthümer werden (§ 344.), und der vorige Eigenthümer binnen vier Jahren gegen den Fiscus klagen muß. L. 2. L. ult. C. de quadrienn. praescript. §. ult. I. h. t. Man stelle sich den Fall vor, daß der Fiscus das Vermögen eines Delinquenten confiscirt, daß darunter eine Uhr ist, die dem Delinquenten nicht gehört hat, daß der Fiscus das Vermögen verauctionirt, und ich die Uhr kaufe. Sobald ich sie bezahlt und übergeben bekommen habe, ist sie mein, und der vorige Eigenthümer mag sich an den Fiscus halten. Res fiscales und dominicae waren übrigens bey den Römern darin verschieden: die res fiscales hatte der Kaiser als Kaiser, der Staat hatte sie ihm als seinem Oberhaupt gegeben, die res dominicas (welche auch

patrimoniales und res Caesaris heißen (*7), hatte er wie eine Privatperson acquirirt.

(1) *Ludeking* tract. de usucap. cap. 10. §. 8. giebt mehrere Exempel. — — Doch hindert es den Fortgang der Verjährung nicht, wenn der natürliche Besitz auf einen Andern gekommen seyn sollte, dafern nur dieser natürliche Besitz auf den Namen des verjährenden Civilbesitzers fortgedauert hat. L. 36. und 37. D. de adquir. vel. amitt. possess. Westphal v. d. Arten der Sachen rc. §. 34. u. 64. W.

(2) *Berger* oec. iur. lib. 2. tit. 2. th. 26. not. 12. Strube rechtl. Bed. 5. Theil, 280 Seite.

(3) Vor Justinian hatte die Citation diese Wirkung nicht. Glück Pandecten 3. Band, 339. Seite. — — Die Gesetze begünstigen aber die erwerbende Verjährung dadurch, daß sie die Vollendung der Zeit nicht nach Stunden und Minuten des angefangenen Civilbesitzes berechnet wissen wollen. L. 15. pr. de divers. tempor. praescript. In usucapione ita servatur, ut etiam si minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilo minus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum usucapionis tempus. L 6. D. de usurpat. etc. In usucapionibus non a momento ad momentum, sed *totum postremum* diem computamus. L. 7. ibid. Ideoque qui hora sexta Kalendarum Ianuariarum possidere cepit, hora sexta noctis pridie Kalendas Ianuarias implet usucapionem. Daß Ulpian durch diese letzten Worte eben die Zeitberechnung, welche in L. 5. D. qui testam. fac. poss. vorkommt, habe andeuten wollen, behauptet Koch in d. Belehrungen üb. Mündigk. z. Test. §. 12. p. 90. mit ihm auch der Verfasser dieses Commentars §. 62. Note 8. und Thibaut über Besitz und Verjährung §. 19. p. 82. Sonach würde also die Verjährung in dem Falle L. 7. cit. schon um 12 Uhr in der Nacht vom 30sten zum 31sten December vollendet seyn. Ganz ausgemacht ist das noch nicht. Denn 1) die Worte hora sexta noctis pridie Kalendas Ianuarias implet usucapionem, zeigen ganz deutlich, daß die Verjährung erst am 31sten December Nachts 12 Uhr vollendet seyn soll. Nach jener Erklärung würde sie aber schon mit dem 30sten Dec. zu Ende gehen. 2) In L. 5 D. qui testam. fac. poss. redet Ulpian von einem Testamente, was pridie calendas post horam sextam noctis erst gemacht wird. Darunter kann nicht füglich die Nacht vom 31sten Dec. auf den 1sten Januar verstanden werden; denn alsdann wäre ja das Testament nicht pridie calend. sondern ipsis calendis gemacht, folglich bleibt dort die von Koch behauptete Erklärung allerdings richtig. Hier aber ist die Rede von einem Zeitraume, der längst vorher schon angefangen ist, aber erst pridie calendarum hora sexta sich endigen, nicht von dem was pridie calend. *post* horam sextam noch erst geschehen soll. Dort sagt Ulpian: *plus arbitror*; er geht noch weiter als die gemeine Meynung es wohl mit sich brachte. Hier bleibt er bey der dort anerkannten gemeinen Rechtsregel stehen, und bedient sich nur des Ausdrucks *ideoque*, um sie auf einen gegebenen Rechtsfall anzuwenden 3) Die Befugniß zu testiren, ist im R. R. sehr begünstigt. Was zu ihrer Erleichterung angenommen wird, ist darum noch nicht gleich auf andere Anordnungen anzuwenden. Jene gesetzliche Zeitberechnung gilt aber nur bey der erwerbenden nicht wieder auslöschenden Verjährung §. 1182. Die

Berechnung der Verjährung im Schaltjahr betreffend. vid. L. 2. D. de divers. temporal. Westphal von d. Arten d. Sachen §. 595. vergl. die §. 62. n. 3. angeführte DD. W.

(4) *Wernher* Tom. 2. part. 9. obs. 229. Glück am a. O.

(5) *Wernher* part. 1. obs. 36.

(6) Ob aber die außergerichtliche Interpellation auch in andern Fällen, und in welchen, die Wirkung habe, die Verjährung zu unterbrechen, ist sehr streitig. Man sehe *Struv.* Ex. 43. th. 28. *Wernher* part. 3. obs. 164. p. 6. obs. 400. Strube rechtl. Bed. 1. Band, 21. Bed. *Io. Lud. Schmid* progr. de interpellatione extraiudiciali ab interrumpenda praescriptione haud excludenda. Ien. 1788.

(7) §. 39. I. de rer. divis.

§. 399. Vom rechtmäßigen Titel.

Der vierte Fall (in der Tabelle) war, wenn iustus titulus fehlt. Ein iustus titulus heißt hier ein Titel, welcher mir auch ohne Verjährung das dingliche Recht, wovon die Rede ist, verschafft hätte, wenn nur mein Autor, der, welcher mir jenes Recht geben wollte, befugt dazu gewesen wäre. Z. E. der Tauschcontract ist ein Titel, der mich zum Eigenthümer macht, sobald mir die Sache von einem tradirt ist, welcher das Recht zu tradiren hat; er ist also auch in der Verjährung ein rechtmäßiger Titel. Nicht genug ist es, 1) daß ich mir einbilde, einen rechtmäßigen Titel zu haben; ich muß ihn wirklich haben (*1); es wäre denn, daß mein Irrthum Entschuldigung verdiente. Fragt man, welcher Irrthum verdient Entschuldigung genug: so ist die Antwort, wie im vorigen Abschnitt: Ein Irrthum ist zu entschuldigen, welcher sich auf die Unwissenheit eines facti gründet; wofern nur diese Unwissenheit nicht eine große Nachläßigkeit (culpam latam aut levem) voraussetzt (*2). Wenn z. B. mein Sklave, mein Sohn, mein Vormund, eine Sache bringt und vorgiebt, daß er sie gekauft habe, da er sie doch gefunden hat, ich auch hinreichenden Grund habe, dieses Vorgeben zu glauben: so bin ich in errore facti, und zwar einem solchen, der Entschuldigung genug verdient. Hingegen ein Irrthum, welcher aus der Unwissenheit eines Gesetzes entsteht, ist nur alsdann zu entschuldigen, wenn das Gesetz nicht allgemein bekannt oder zweifelhaft ist (§. 396.) (*3). 2) Ein verstellter Handel giebt keinen gerechten Titel. Z. E. Ehegatten, weil sie einander nichts schenken dürfen, stipuliren einen Kaufcontract, die Frau verkauft dem Manne das Haus zum Schein, das sie ihm wirklich schenkt. Dieser Scheinkauf giebt ihm keinen gerechten Titel. Auch 3) ein widerruflicher Handel ist nicht hinreichend. Dergleichen ist donatio mortis causa. Wenn ich einem etwas schenke, aber so, daß die Schenkung erst nach meinem Tode gelten solle: so heißt sie donatio mortis causa (§. 409). Eine solche Schenkung kann ich widerrufen, so lange ich lebe (§. 414). Gesetzt, ich tradirte die mortis causa geschenkte Sache dem

donatario, und er behielte sie lange Zeit im Besitze, dem ungeachtet hat er sie gegen mich nicht verjährt; denn sein Titel ist widerruflich. Gegen einen Dritten aber kann er allerdings verjähren. Wenn ich nemlich einem eine mir nicht gehörige Sache bona fide mortis causa schenke, und er sie die gesetzliche Zeit hindurch besitzt, so kann er sie gegen den wahren Eigenthümer verjähren.

Wer übrigens eine Sache ohne rechtmäßigen Titel besitzt, ist darum nicht ganz ausser Stand zu verjähren. Er kann nur nicht usucapiren, oder in langer Zeit verjähren, sondern muß 30 Jahre lang besitzen (*4).

(1) Noch weniger kann ich usucapiren, wenn ich nicht einmal weiß, aus welchem Titel und von wem ich die Sache habe. L. 49. §. ult. D. de A. vel A. P.

(2) *Meister* progr. cit. §. 22. *Müller* ad *Leyser* obs. 721. 723.

(3) Die Ausnahmen hat *Meister* progr. cit. §. 19.

(4) L. 8. §. 1. C. de praescript. 30 vel 40 ann. (VII. 39.). Dieß Gesetz ist nicht das deutlichste. *Groening* (*I. C. Koch*) diss. de praescript. contra civitates p. 16 sagt: Constitutio Iustiniani in L. 8. etc. pertinet ad leges, quae dignum interpretem adhuc exspectant. Justinian will sagen: wenn A eine Sache durch gerechten Titel an sich bringt und *bona fide* 10 oder 20 Jahre besitzt, so hat er nicht allein eine Exception, so lang er im Besitz ist, gegen jeden, der ihn belangt, es sey nun dieß der Eigenthümer oder ein Gläubiger, dem die Sache verpfändet war, sondern auch eine Vindicationsklage gegen jeden Besitzer. Hat er hingegen die Sache dreyßig Jahre ohne Titel besessen (quod si quis eam rem desierit possidere, die er nemlich ohne Titel besaß), so kann er sich zwar auch mit der exceptione praescriptionis schützen, aber die Vindicationsklage kann er nicht so ohne Unterschied gegen einen neuen Besitzer B anstellen. Hat er *bona fide* besessen, so steht ihm diese Klage zu (simili potest auxilio uti). War er hingegen ein unredlicher Besitzer, so kann er sie nicht anstellen. Indessen muß man nicht glauben, daß darum der neue Besitzer B in allen Fällen bey seinem Besitz sicher sey (ita tamen, ut novus possessor etc). Freylich, wenn er der wahre Eigenthümer, oder der Pfandgläubiger ist (qui rem suppositam habeat), so ist er geschützt (commodum detentionis sibi adquirat). Ist hingegen der neue Besitzer B ein Dritter (qui nullum ius in eadem quocunque tempore habuit), so ist er nicht sicher. Denn obgleich der vorige unredliche Besitzer A die Sache nicht von ihm vindiciren kann, so sind doch der wahre Eigenthümer und der Pfandgläubiger befugt dazu, und er kann nicht einwenden: A war ja durch die Ausflucht der Verjährung gegen euch gedeckt (eum sc. dominum vel creditorem removerat), folglich bin ich es auch. Es wäre denn, daß dieser neue Besitzer B (iniustus possessor) sich auch schon wieder 30 oder 40 Jahre im Besitz befunden hätte. Denn wenn das ist, so kann er, wie sich von selbst versteht, den Eigenthümer oder Pfandgläubiger mit der Einrede der Verjährung abweisen. — — Diese Erklärung, womit auch *Pohl* de fatis praescript. longiss. temp. ex LL. Iust. §. 4 übereinstimmt, ist völlig befriedigend. Der übrige Inhalt des Gesetzes, welcher ohnehin den dignum interpretem wohl eben nicht erst erwartete, gehört gar nicht hieher.

Dieß mag für die Bemerkung Kochs in der Vorrede zur Bonorum possessio pag. 15. genügen. W.

§. 400. Welche Sachen zur Verjährung unfähig sind.

Die Ordnung führt uns zu dem fünften Fall: wenn die Sache, die man verjähren will, schlechterdings nicht verjährt werden kann. Nemlich unfähig zur Verjährung sind 1) die Sachen, welche kein Gegenstand des Commerzes sind, die man nicht eigenthümlich haben, verkaufen, vertauschen, verschenken u. s. w. kann. Dergleichen sind nach Römischen Rechten die res divini iuris, die heiligen und religiösen Sachen (§. 263. §. 265.) (*[1]).

2) Die Sachen eines Pupillen; das heißt, wenn ich die Sache eines Pupillen auch durch den rechtmäßigsten Titel an mich bringe, und in vollkommen gutem Glauben bin: so kann ich sie doch, so lang als der Mensch unmündig ist, und unter der Vormundschaft steht, nicht verjähren. Der Fall könnte z. B. folgender seyn: Ein Pupill deponiret eine seiner Sachen bey jemanden, und dieser verkauft sie mir. So lang der Pupill unmündig ist, steht alle Verjährung stille; erst nach zurückgelegten Jahren der Unmündigkeit fängt die dreyßigjährige Präscription an zu laufen (*[2]).

3) Die *res merae facultatis*. Um dieß zu verstehen, bemerke man: Der Regel nach kann ich eine an sich erlaubte Handlung thun, so lang ich will, ohne daß ich mir dadurch eine Verbindlichkeit auflade, sie immer so thun zu müssen. Ich kann auch diese Handlung unterlassen, so lang ich will, und verliere darum das Recht nicht, sie zu thun. Es giebt aber verschiedene Fälle, die von dieser Regel ausgenommen sind, wo es präjudicirlich ist, eine Handlung eine Zeitlang zu thun oder zu unterlassen. Dahin gehört a) ich muß die mir zustehenden Klagen binnen der von den Gesetzen vorgeschriebenen Zeit anstellen; denn unterlasse ich es, so werde ich nachher mit der Einrede der Verjährung abgewiesen. b) Wenn ich eine Servitut auf eines Andern Sache habe, so muß ich sie auszuüben nicht unterlassen; denn sie kann durch den Nichtgebrauch verlohren gehen (§. 368). c) Ich darf einem Andern nicht erlauben, lange Zeit ein Eigenthumsrecht oder eine Servitut auf meiner Sache ruhig auszuüben; denn er kann sich dadurch das Eigenthum oder die Servitut erwerben. d) Die Obrigkeit muß die Verbrecher binnen einer gewissen Zeit bestrafen. Unterläßt sie es, so ist der Verbrecher von der Strafe frey (§. 1191). e) Dem Abtriebsrecht (§. 874.) ist eine gewisse Frist vorgeschrieben, binnen der es ausgeübt werden muß. Alle Handlungen, die man, ohne sich zu präjudiciren, so lange thun oder unterlassen kann, als man will, heißen *actus merae facultatis*. Behauptet Jemand, eine Handlung sey kein actus merae facultatis, so muß er ein Gesetz anführen können, welches die Handlung aus der Classe der actuum merae facultatis aushebt, und verordnet, daß man sich

durch

durch die eine Zeitlang fortgesetzte Begehung oder Unterlassung der Handlung präjudicire.

Beyspiele von actibus merae facultatis sind: ein Testament machen, heyrathen, kaufen, verkaufen, meine Wohnung ändern, einen Degen tragen, mich dieses und keines andern Schneiders, Schusters u. s. w. bedienen, meine Waare von diesem Kaufmann nehmen rc. (*[3]); denn alle diese Handlungen sind keiner Verjährung unterworfen; das heißt, wenn ich sie noch so lange unterlassen habe, so verliere ich darum das Recht nicht, sie zu thun; und wenn ich sie noch so lange gethan habe, so bin ich deswegen nicht verbunden, sie ferner zu thun. Z. E. wenn ich auch meine Waare 30 Jahre bey diesem Kaufmann genommen habe, so kann ich sie doch jetzt anderwärts kaufen. Nur alsdann findet die Verjährung, und zwar binnen 10 oder 20 Jahren Statt, wenn ich einen actum merae fa ultatis thun will, der dem Andern schädlich ist; er mir ihn bona fide als unbefugt wehret, und ich mich dabey beruhige. Z. E. wenn ich auf meinem Grunde bauen will, der Nachbar sich aber widersetzt, weil ihm der Bau das Licht benimmt, dabey in bona fide ist, und ich nun lange Zeit still sitze: so ist mein Recht zu bauen verlohren.

(1) *Pufendorf* tom. 3. obs. 161. *Wernher* part. 1. obs. 8. part. 9. obs. 41. *Hommel* rhapsod. obs. 38. *Leyser* spec. 462. med. 7.

(2) L. 3. C. de praescript. XXX. vel. XL. annor., vergl. L. 4. C. ibid. L. 5. C. in quib. caus. in integr. rest. necess. non est. Westphal von den Arten der Sachen. §. 832. Thibaut über Besitz und Verjährung. §. 29. pag. 101.

(3) Insonderheit bemerke man den sehr fruchtbaren Satz: wenn mir ein gewisses Recht unstreitig zusteht, so sind alle einzelne Ausflüsse dieses Rechtes res merae facultatis. Z. E. wenn ich Eigenthümer eines Hofes bin: so ist die Aufführung eines Gebäudes auf diesem Hofe eine res merae facultatis; denn es ist eine Folge meines Eigenthumsrechtes. Wenn ich ein allgemeines Zehendrecht habe, so bin ich befugt, von jeder Art der Früchte, die auf dem zehendbaren Gut gezogen werden, den Zehenden zu fordern. Also die Auszehndung dieser oder jener einzelnen Gattung Früchte ist eine res merae facultatis. *Pufendorf* Tom. 2. obs. 92. — — Eigentlich sollte man nur sagen: das Recht, in Ansehung eines actus merae facultatis zu thun, was man will, geht durch den blossen Nichtgebrauch nicht verlohren. Denn eine Verjährung findet allerdings dagegen Statt, wenn ein Anderer rechtmäßig in den Besitz iuris prohibendi gesetzt wird, in sofern er dessen als Privatperson im Staate überhaupt fähig ist, welches freylich in dem Falle, L. 2. D. de via publ. ref. nicht Statt finden würde. Anders ist aber gar keine Verjährung hier denkbar. Die gewöhnliche Vorstellung geht also im Grunde darauf hinaus: Res merae facultatis lassen keine Verjährung zu, es wäre denn, daß die rechtlichen Erfordernisse derselben vorhanden seyn sollten. W.

§. 401. Welche sind unfähig zur Usucapion.

Der sechste Fall der Tabelle ist: wenn die Sache nicht in langer Zeit

verjährbar ist. Manche Sachen nemlich können zwar überhaupt verjährt werden, aber doch nicht in langer Zeit, nicht in 3, 10 oder 20 Jahren, kurz, sie sind zur Usucapion unfähig. Man muß sie 30, 40 oder 100 Jahre lang besitzen, ehe man sie verjähren kann. Diese Sachen werden in den drey folgenden Paragraphen erzählt (*[1]).

(1) Die Erfordernisse der Verjährung langer Zeit sind in dem bekannten Verse beschrieben:
Res habilis, titulus, fides, possessio, tempus.

§. 402. Von der dreysigjährigen Präscription.

Nemlich (in der Tabelle Num. 7.) dreyßig Jahre sind erforderlich zur Verjährung, 1) wenn die Sache, die ich verjähren will, *res vitiosa*, das heißt, gestohlen, oder mit Gewalt in Besitz genommen worden ist. Der Dieb und gewaltsame Besitznehmer selbst kann dergleichen Sachen nie verjähren; wenn sie aber auch ein Dritter durch den gerechtesten Titel erlangt, und im besten Glauben besitzt, so kann er sie doch nicht eher, als in 30 Jahren präscribiren. Schon in den Gesetzen der 12 Tafeln, und nachher in der lege Atinia war verordnet, daß res furtivae nicht sollten usucapirt werden können (*[1]). Von den gewaltsam in Besitz genommenen Sachen verordneten die leges Plautia de vi und Iulia de vi ebendasselbe. Uebrigens bemerke man noch, eine gestohlene oder mit Gewalt weggenommene Sache bleibt so lange res vitiosa, bis sie wieder an ihren vorigen Eigenthümer zurückkommt. Sobald das geschiehet, ist das *vitium* purgirt, wie die Juristen sagen. Nun kann die Sache wieder in der gewöhnlichen Zeit verjährt werden (*[2]). Nur durch dreyßigjährige Präscription werden ferner erworben

2) Sachen eines Minderjährigen. Nemlich wenn ich dergleichen Sachen verjähren will, so kann es auf doppelte Art geschehen: a) wenn ich die Zeit der Minorennität abrechne, so kann ich in langer Zeit präscribiren. Z. E. ich habe die bewegliche Sache eines Minderjährigen im Jahr 1770. gekauft, er wird majorenn im Jahr 1772. Von diesem Jahr an lauft ihm die praescriptio longi temporis; nach drey Jahren also habe ich die Sache usucapirt. Man kann aber auch b) dergleichen Sachen in dreyßig Jahren präscribiren, und in diesem Fall braucht man die Zeit der Minderjährigkeit nicht abzurechnen (*[3]). Z. E. ich kaufe das Landgut eines abwesenden Minorennen im Jahr 1740, er wird majorenn im Jahr 1751. In diesem Falle ist meine dreyßigjährige Präscription im Jahr 1770. geendigt; denn die Zeit vom Jahr 1740. bis 1751. wird nicht abgezogen. Von den Sachen der Pupillen ist oben gesprochen worden (§. 395).

3) Die *res adventitiae filiorum familias* (§. 430). Diese darf der Vater der Regel nach nicht veräussern; thut er es aber dennoch, so lauft a)

die Verjährung den Kindern nicht, so lang sie in der väterlichen Gewalt sind (*4); ist aber b) diese geendigt, so fängt die dreyßigjährige Präscription zu laufen an.

4) Die Sachen, welche ein malae fidei possessor alienirt. Er selbst kann nie die Sache durch Verjährung erlangen; wenn er sie aber alienirt, und der jetzige Besitzer in bona fide ist, so kann sie dieser nicht usucapiren, sondern erst in dreyßig Jahren präscribiren. Denn die Alienation einer fremden Sache, welche der Besitzer wissentlich vornimmt, ist eine Art von Diebstahl, und macht also die Sache zu einer re vitiosa. Daher sagt Justinian (*5): der Fall, daß man eine bewegliche Sache usucapiren könne, sey so gar häufig nicht; denn selten wird ein Nicht-Eigenthümer eine fremde Sache *bona fide* veräussern. Doch bemerke man die Einschränkung: die dreyßigjährige Präscription ist nach Justinians Verordnung nur erforderlich, wenn der wahre Eigenthümer nicht weiß, daß die Sache ihm gehöre, und an mich veräussert worden sey; denn weiß er dieß, und sitzt doch stille, so kann der Besitzer in langer Zeit verjähren (*6).

5) Sachen, deren Veräusserung durch ein Gesetz oder Testament verboten ist; z. E. wenn der Ehemann eine ihm von der Frau als Heyrathsgut zugebrachte unbewegliche Sache (fundum dotalem) widerrechtlicher Weise verkauft (§. 418.); oder wenn ein Gut im Testament mit einem Familienfideicommiß belegt ist (das heißt, der Erblasser verordnet hat, daß es nicht veräussert werden, sondern beständig bey seiner Familie bleiben soll); und einer von der Familie es gleichwohl an einen Fremden veräussert. In beyden Fällen kann der Besitzer die Sache erst binnen 30 Jahren präscribiren.

(1) *Adr. Pulvaei* tr. de lege Atinia, in *Otton.* thesaur. Tom. 4. p. 327. sqq. und in *Conradi* triga libellor. de usucap. pag 71. sqq.

(2) Zu den gestohlenen Sachen werden auch entflohene Sklaven gerechnet, weil sie sich gleichsam selbst gestohlen haben. §. 1. h. t. Ich sage, das vitium werde purgirt, wenn die Sache an den vorigen Eigenthümer zurückkomme. S. davon *Vinn.* ad §. 3 h. t.

(3) L. 5. C. in quib. causis in integr. restit. *I. H. Boehmer* diss. de cursu praescript. contra minores suspenso, §. 7 sqq. in Exerc ad P. vol. 5. p. 384. sqq. *Leyser* spec. 463. med. 1. 2. vergl. Thibaut über Bes. u. Verjähr. §. 65 rc. pag. 167.

(4) In diesem und in andern Fällen, wo eine gewisse Zeit in der Berechnung der Verjährungsfrist nicht angesetzt werden kann, wo die Verjährung eine Zeitlang nicht fortlauft, sondern stillsteht, sagt man: sie schlafe. So schläft also die Verjährung a) solang der Eigenthümer unmündig ist, b) in Kriegszeiten, Strube rechtl. Bed. 3. B. 56. S. c) Wenn die Gerichte geschlossen sind, die Justitzpflege völlig gehemmt ist (tempore iustitii); ein Fall, der sich in Zeiten eines Aufruhrs, einer Pest, einer Hungersnoth rc. zutragen kann. *Boehmer* diss. de eo q. i. e. durante iustitio, cap. 2. §. 13. d) solang die Kinder, deren

adventitia vom Vater veräußert werden, in der väterlichen Gewalt sind. Endlich schläft auch c) die praescriptio longi *temporis* solang, als der Eigenthümer minderjährig ist *Rave* de praescriptione, §. 30. sqq. Cramer Wetzlar. Nebenst. 16. Th. 11 Abhandl.

(5) §. 2. h. t. Indessen führt er selbst einen Fall an, wo man eine bewegliche Sache usucapiren kann; wenn nemlich der Erbe in der Erbschaft eine Sache findet, welche dem Erblasser nur geliehen oder in Verwahrung gegeben war, und sie bona fide veräußert. Mehr Fälle giebt *Vinn.* ad d. §. vers. *aliis quoque modis* an. Uebrigens ist die Regel: qui sciens rem alienam vendit, vel ex alia causa tradit, furtum eius committit, nicht ohne Einschränkung wahr, wie *Vinn.* l. c. vers. *qui sciens* zeigt.

(6) Nov. 119 cap. 7. Man s. Strube rechtl. Bed. 1. Th. 25. S. — — Diese Novelle enthält hier eigentlich eine Abänderung der in L. 1. C. de praescript. longi temp. enthaltenen Vorschrift. vergl. *Paullus* recept. sentent. V. 2. 5. u. Auth. Malae fidei possessore C. ibid. *Pohl* cit. Dissert. § 3. W.

§. 403. Von der vierzigjährigen.

Nicht eher, als in vierzig Jahren (Num. 8. der Tabelle) werden verjährt, 1) *res fiscales patrimoniales principis*. Wie diese beyden Arten von Sachen verschieden sind, habe ich im 397. §. gesagt. Heutigestages wollen verschiedene Juristen bey Sachen des Fiscus keine andere, als Immemorialverjährung (§. 406.) zulassen; aber ohne Grund (*1). 2) Die Sachen und Rechte der Kirchen (*2). 3) Die Sachen der Städte (*3). Wenigstens haben sie nach der Praxis (*4) dieses Vorrecht; denn aus den Gesetzen läßt es sich nicht beweisen. Auf andere universitates, collegia und corpora, insonderheit Dorfgemeinden, kann man es nicht ausdehnen (*5).

(1) *Hert.* decis. 519. n. 1, 2. *Horn* class. 2. Resp. 9. n. 18. 19. pag. 106. *Leyser* sp. 458. med. 1. sqq. Strube rechtl. Bed. 4. Th. 16. S.

(2) In der L. 23 C. de SS. eccles. (1. 2.) welches Gesetz deswegen vorzüglich berühmt ist, weil es, wie Procop in seinen Anecdoten versichert, von Justinian oder seinen Räthen mit baarem Gelde erkauft worden ist, gab Justinian das Vorrecht der hundertjährigen Präscription 1) *sacrosanctis ecclesiis*, sive veneralibus xenonibus vel ptochotrophiis, vel brebotrophiis, vel gerontocomiis, circa legata, fideicommissa, donationes et venditiones, in quibuscumque rebus, mobilibus et immobilibus. 2) *Civitatibus* circa donata, vel relicta, in quibuscunque rebus mobilibus et immobilibus; 3) pecuniis et rebus in *redemptionem captivorum* relictis vel donatis, mobilibus et immobilibus.

Allein dieses Privilegium gieng nur auf die Kirchen des Orients. Nachher dehnte es Justinian in der Nov. 9. auf die Kirchen des Occidents aus. Von den Städten, desgleichen von den Cassen, die zur Ranzionirung der Gefangenen bestimmt sind, sagt er hier nichts.

Endlich hob er in der Nov. 111. und Nov. 131. die L. 23. C. wieder auf, nahm den orientalischen Kirchen, Klöstern u. s. w. das zuvor ertheilte Vorrecht der hundertjährigen Präscription wieder, und verordnete, daß ihre Sachen in vierzig Jahren sollten verjährt werden.

Aus der 131. Nov. ist die Auth. quas actiones C. de SS. eccles. genommen, wo es heißt: quas actiones alias decennalis, alias vicennalis, alias tricennalis praescriptio excludit: hae, si loco religioso competant, quadraginta annis excluduntur: usucapione triennii, vel quadriennii praescriptione in suo robore durantibus; sola Romana ecclesia gaudente C. annorum spatio vel privilegio.

Vergleicht man diese Authentike mit der Novelle, so sieht man, daß der Verfasser der Authentike die Worte: sola ecclesia romana etc. aus seinem Kopfe zugesetzt hat. Auch die Worte: usucapione triennii etc. sind der Novelle nicht ganz gemäß. Indessen ist diese Authentike im Canonischen Recht bestätiget. Nach dem C. 13. 14. 17. X. de praescript. und C. 2. de praescript. in 6. hat nur die Römische Kirche (§. 405.) das Vorrecht der hundertjährigen Verjährung. Sachen anderer Kirchen werden in 40 Jahren präscribiret. Auch nur bey unbeweglichen Dingen und bey Rechten haben sie dieses Privilegium. Ihre beweglichen Sachen werden in der gewöhnlichen Zeit von drey Jahren verjährt.

(3) Die Sachen der Städte wurden nach dem alten Recht nicht usucapirt, sondern nur longo tempore präscribiret. L. 9. D. de usurpat. et usucap. L. 1. de praescript. long. temp. Paull. sent. lib. 6. tit. 2. §. 4. Nach der angeführten L. 23. C. bekamen die orientalischen Städte das Vorrecht der hundertjährigen Präscription, dieses ist ihnen auch nicht wieder genommen worden. Die occidentalischen Städte aber haben es nie erhalten, und unsere Städte könnten es daher nicht verlangen, sondern sie müßten nach dem alten Recht beurtheilt werden, folglich die Präscription der langen Zeit bey ihren Sachen der Regel nach Statt finden *Aug. Frid. Schott* diss. historia iuris civilis de praescript. adversus civitates. Lips. 1774. *Casp. Gabr. Groening* (*I. C. Koch*) flores sparsi ad praescriptionem contra civitates. Giss. 1775.

(4) *Cramer* obs. tom. 4. pag. 354.

(5) *Groening* diss. cit. §. 3.

§. 404. Von der hundertjährigen.

Die hundertjährige Präscription endlich (Num. 9. in der Tabelle) hat Statt bey den Sachen, welche der Römischen Kirche, das heißt, dem Pabst als Bischof zu Rom, unmittelbar gehören. Nach der im vorigen §. angeführten Nov. 9. haben alle Occidentalische Kirchen das Privilegium der hundertjährigen Präscription; und nicht ihnen, sondern nur den Orientalischen ist es in der Folge wieder genommen worden. Bach (*1) hat dieses gründlich gezeigt, und gegen die Einwürfe vertheidigt. Indessen reden die vorhin angeführten auth. quas actiones und die Texte des Canonischen Rechtes, bloß von der Römischen Kirche (*2), und es ist in der Praxis ausgemacht, daß dieser allein das gedachte Privilegium zukomme.

(1) *Bach* diss. de praescript. centum annor. eccles. rom. in opusc. p. 41. sqq. — — Vergl. jedoch *C. F. I. Schorch* Diss. de privilegio centenariae praescriptionis, quod ecclesiae Romanae tribuitur. Erford. 1799. W.

(2) Ob der Verfasser der Authentike unter der ecclesia romana nur die Römische oder jede Occidentalische Kirche verstehe, ist bestritten. S. *Groening* diss. cit. §. 7. Nach dem Canonischen Recht ist die Sache außer Zweifel.

§. 405. Eintheilung der acquisitiven Verjährung.

Wenn man alles, was vom §. 394. an gelehrt worden ist, zusammenfasset, so ergiebt sich daraus, daß die erwerbende Verjährung entweder in 3 oder in 10, oder 20, oder 30, oder 40, oder 100 Jahren vollendet wird. Jene Verjährung, welche in 3, 10, oder 20 Jahren geschiehet, heißt die Verjährung der langen Zeit, praescriptio *longi temporis*; diese hingegen, welche 30, 40 oder 100 Jahre erfordert, heißt die Verjährung der längsten Zeit, *longissimi temporis*.

§ 406. Von der unvordenklichen Verjährung.

Eine Aehnlichkeit mit der bisher erklärten Verjährung hat die sogenannte **unvordenkliche Verjährung**, *praescriptio immemorialis*. Wenn ich nemlich so lange im Besitz einer Sache oder eines Rechtes gewesen bin, als alte Leute sich erinnern können, so sagt man: ich sey von **unvordenklicher Zeit** her im Besitz. Aus diesem Besitze entstehet eine Vermuthung, daß ich oder meine Vorfahren diese Sache oder dieses Recht vormals rechtmäßig erworben haben, und wenn ich mich auf diese Vermuthung berufe, so sagt man: ich gründe mich auf die **unvordenkliche Verjährung**. Z. E. alte Leute in einem Orte sagen aus, daß, so lange sie sich zurück erinnern könnten, ich und meine Vorfahren in dem nahe gelegenen Walde gejagt hätten. Ich bin also im unvordenklichen Besitz der Jagdgerechtigkeit, und wenn man mir dieselbe streitig machen will, so kann ich mich mit der Immemorialpräscription schützen.

Man sieht leicht, wie diese Präscription von der eigentlichen Verjährung (praescriptione *definiti temporis*) verschieden ist. a) Die eigentliche Verjährung ist eine Erwerbungsart (modus adquirendi); diese aber eine gesetzliche Vermuthung (praesumtio legalis) (*¹). b) Wenn ich eine wahre Präscription für mich habe, so ist das Recht des vorigen Eigenthümers verlohren; bin ich hingegen seit undenklichen Jahren im Besitz, und mein Gegentheil beweißt vitiosum initium, das heißt, er zeigt, daß ich oder meine Vorfahren die Sache nicht auf rechtmäßige Art erworben haben, so hilft mich mein unvordenklicher Besitz nichts. c) Eine wahre Präscription kann eintreten, wann es auch gewiß ist, daß mein Gegentheil ein Recht gehabt, und es nicht auf mich übertragen hat. Es geht durch die Verjährung verlohren. Wenn hingegen ein Immemorialbesitz erwiesen ist, so wird vermuthet und angenommen, daß der Gegentheil sein Recht auf mich gesetzlich transferirt habe. d) Auch in solchen Fällen, wo die eigentliche Verjährung ganz aufgehoben und verboten ist, findet doch praescriptio immemorialis Statt. Nemlich in allen Fällen, wo eine rechtmäßige Acquisition nur auf irgend eine Weise möglich ist, kann man sich auf den unvordenklichen Besitz berufen, und aus ihm den wahrscheinlichen Schluß ziehen, daß man die Sache oder das Recht gesetzlich erworben habe.

Ich habe gesagt: ein unvordenklicher Besitz sey vorhanden, wenn alte Leute sich nicht erinnerten, es anders gesehen zu haben. Was sind aber alte Leute? Gemeiniglich sagt man: einer müsse 54 Jahre haben, wenn er in dieser Materie für alt passiren wolle (*2). Allein die Gesetze enthalten diese Bestimmung nicht; sie erfordern nur *testes senes*, und die Gründe, womit man diese Meynung unterstützen will, sind sehr nichtig (*3). Nach dem Redegebrauch fängt das Alter im funfzigsten Jahre an. Daher sagen Andere richtiger: ein Zeuge, der durch seine Aussage eine Immemorialverjährung begründen soll, muß wenigstens 50 Jahre alt seyn (*4).

Ich habe ferner gesagt, die unvordenkliche Verjährung finde bey allen Sachen Statt, auch wo die eigentliche Verjährung ganz aufgehoben ist. Dahin gehören 1) die Regalien, oder Rechte, welche dem Landesherrn als Landesherrn gehören, und von keinem Unterthan ohne landesherrliche Bewilligung ausgeübt werden können. Wenn indessen ein Unterthan ein solches Recht eine unvordenkliche Zeit durch ausgeübt hat, so muß er dabey gelassen werden. 2) Die Freyheit von etlichen Abgaben. Wer seit unvordenklicher Zeit im Besitz der Immunität ist, hat die Vermuthung für sich, daß er sie rechtmäßig erworben habe.

Allein sind auch *res merae facultatis* ein Gegenstand der unvordenklichen Verjährung? Insgemein läugnet man dieß (*5). Ich glaube aber, daß man bey dieser Frage auf die Umstände des Falles Rücksicht nehmen muß. Aus der unvordenklichen Ausübung oder Unterlassung eines actus merae facultatis läßt sich zuweilen die rechtmäßige Erwerbung einer Befugniß schließen, zuweilen nicht. Wenn ich z. E. seit undenklicher Zeit auf meinen Hof nicht gebauet habe, so läßt sich daraus nicht schließen, daß der Nachbar ein Prohibitivrecht, z. E. die servitutem luminum habe. Es steht mir unstreitig ein unbegrenztes Beholzigungsrecht in eines Andern Wald zu, und ich nahm seit undenklicher Zeit nur eine gewisse Klafterzahl, weil ich nicht mehr brauchte; oder ich habe eine gewisse Fruchtgattung, die nur in geringer Menge gezogen ward, bey Menschen Gedenken nicht ausgezehndet, da ich doch ein unläugbares allgemeines Zehendrecht hatte. Auch in diesen Fällen würde mir die unterlassene Ausübung meines Rechtes nicht schaden. Wenn ich hingegen anderwärts Holz gekauft hätte; wenn ich eine ganze beträchtliche Fruchtgattung, z. E. alle unterirdischen Gewächse von uralten Zeiten her nicht ausgezehndet hätte, so würde sich daraus allerdings der Schluß ziehen lassen, daß mein Recht auf irgend eine rechtmäßige Weise beschränkt worden seyn müsse (*6).

(1) *Reinharth* ad Christin. vol 4. obs. 50. p. 52. Strube rechtl. Bed. 5. Theil. 93. S. vergl. Thibaut über Bes. u. Verjähr. §. 74. pag. 178.

(2) *Kress.* de natura ac indole vetustat. cap. 4. §. 5. p. 113. *Ockel* de praescript. immemor. cap. 12. th. 2. p. 340.
(3) *Rave* p. 424.
(4) *Pufendorf* tom. 1. obs. 151. §. 4.
(5) *Kress.* l. cit. pag. 105.
(6) *Ockel* tract. cit. cap. 7. th. 33. Einen andern hieher gehörigen Fall hat Strube rechtl. Bed. 3. Th. 234. u. f. S.

§. 407. Von der actione rescissoria.

Die Verjährung ist ein Erwerbungsmittel. Wenn ich also eine Sache verjährt habe, so bin ich Eigenthümer, und das Recht des vorigen Eigenthumsherrn ist erloschen. Will er die Sache von mir vindiciren, so setze ich ihm exceptionem praescriptionis (*) entgegen. Indessen giebt es Fälle, wo der Prätor eine wirklich vollendete Verjährung aufhebt, und dem Eigenthümer, dessen Sache ich verjährt habe, eine Klage gegen mich verstattet, vermöge welcher ich die Sache herausgeben muß. Diese Klage heißt *actio rescissoria*, und hat in zwey Fällen Statt, 1) wenn ich aus gerechten Ursachen von meinem Wohnort abwesend bin; z. E. in öffentlichen Geschäften oder Studirens wegen auf der Academie, und ein Anderer während dieser Abwesenheit etwas von meinen Sachen verjährt. Denn der Prätor hielt es für unbillig, daß mir meine gerechte Abwesenheit nachtheilig seyn sollte. 2) Wenn ein Anderer von seinem und meinem gemeinschaftlichen Wohnort abwesend ist; etwas von meinen Sachen bey sich hat und verjährt. Auch hier rescindirt der Prätor die Verjährung, weil ich durch des Andern Abwesenheit ausser Stand gesetzt wurde, meine Rechte zu verfolgen, also keiner Nachläßigkeit schuldig bin. Ob aber in diesem zweyten Falle nicht nach den neuern Römischen Gesetzen ein anderes Rechtens sey, ist strittig. Nemlich L. 2. Cod. de annal. exc. (VII. 40.) sagt: wenn ein Abwesender etwas von meinen Sachen verjähren will, so kann ich bey der Obrigkeit, oder bey dem Bischof, oder auch bey einem öffentlichen Anschlag eine Protestation einlegen, und dadurch den Lauf der Verjährung hindern. Darans machen verschiedene Juristen (*1) den Schluß, wer diese Protestation unterläßt, ist selbst Schuld daran, daß seine Sache verjährt wird, und kann sich also auf den Beystand des Prätors keine Rechnung machen. Andere aber glauben mit Recht, daß durch die L. 2. Cod. cit. die prätorische Rechtswohlthat nicht aufgehoben sey; denn es kann ja seyn, daß der Eigenthümer von seinem Recht nichts wußte; und diese Meynung ist auch in der Praxis angenommen (*2).

Die Note vergleicht die actionem rescissoriam mit der Publiciana. Wir haben nemlich oben gehört (§. 345.), daß der Prätor zuweilen fingirt, jemand habe das Eigenthumsrecht erworben, der doch dieses nicht vollkommen beweisen kann, und daß die aus einem solchen fingirten Eigenthum entstehende

schlechterdings die Mancipation zur Gültigkeit jeder Schenkung (oder wie Hr. Prof. Hugo im civilist. Magazin 1. B 459. S. glaubt, wenigstens zur Gültigkeit beträchtlicher Schenkungen) erfordert; so folgt doch daraus wieder nicht: also war die Schenkung eine blos bürgerliche Erwerbungsart.

Von der Rechtsgeschichte dieser Lehre habe ich zu bemerken: Das älteste (bekannte) Römische Gesetz über die Schenkungen ist lex Cincia vom J. 550. von dem wir aber wenig mit Gewißheit wissen. Es verordnete 1) daß kein Sachwalter für die Führung eines Processes ein Geschenk nehmen sollte. 2) Setzte er etwas über die Mancipation und Tradition bey den Schenkungen fest. Was aber, weiß ich nicht; denn ich finde nirgends eine Nachricht von dieser Verordnung, als in der ziemlich undeutlichen L. 4. C. Theod. de donat. (VIII. 12.). Diese lex Cincia ist in der Folge durch neue Gesetze theils bestätigt, theils abgeändert worden. Daß zur Zeit der Classiker eine Schenkung auch durch eine Stipulation habe geschehen können, ist außer Zweifel. L. 2. §. 2. et 3. D. h. t. Constantin M. verordnete, daß alle Schenkungen schriftlich aufgesetzt, und gerichtlich protocolliret werden sollten. L. 1. 2. 3 C. Theodos. de donat. Theodosius u. Valentinian erließen die Nothwendigkeit der Scriptur, und schränkten die gerichtliche Anzeige auf Schenkungen über 200 aureos ein L. 29. C. h. t. (VIII. 54). Justinian schrieb anfangs die gerichtliche Insinuation bey Schenkungen über 300 solidos vor, L. 34. C. de donat. nachher setzte er 500 fest, L. 36 C eod. und verordnete zugleich, daß weder mancipatio, noch traditio, noch stipulatio zur Gültigkeit erforderlich seyn solle. L. 35. §. ult. C. eod. *Retes* tract. de donationibus cap. 19. sqq. in *Meermann*. thesaur. Tom. 6. pag. 644. sqq. *Brummer* tr. de L. Cincia, in opusc num 1. *Spitz* diss. iura donationum inter vivos historice explicata, Erf. 1769. die aber nicht sehr gründlich ist. Ein gemeiner Irrthum, den auch Brummer am a. O. begeht, ist: lex Cincia habe den Schenkungen ein gewisses Maaß vorgeschrieben; dieß ist schlechterdings unerweislich. Man s. *Meermann* ad *Ulpian*. in thesaur. Tom. 7. pag. 742. und *Paulli* recept. sentent. in Hr. Prof. Hugo's Ausgabe, S. 150.

§. 409. Unterschied der donationis mortis causa und inter vivos.

In Rücksicht des Falles, auf welchen die Schenkung geschieht, und der davon abhangenden Festigkeit, ist die Schenkung entweder *inter vivos* oder *mortis causa*. Die donatio mortis causa ist eine Schenkung, deren Vollkommenheit vom Tode des Schenkenden abhängt, das heißt, die nicht eher unwiderruflich ist, als bis der Schenkende stirbt. Z. E. ich schenke dir auf den Fall, daß ich sterbe, mein Haus; so lange ich lebe, sollst du kein unwiderrufliches Recht auf das Haus haben; erst alsdann, wann ich todt bin, soll die Schenkung fest und unverbrüchlich seyn. Donatio inter vivos hingegen heißt eine jede, deren Vollkommenheit nicht von dem Tode des Schenkenden abhängt.

Wo also eine Schenkung von Todes wegen vorhanden seyn soll, da muß a) die Vollkommenheit der Schenkung vom Todesfall abhangen. Wenn die Schenkung sogleich gültig und unwiderruflich ist, und nur die Consummation, das heißt, die Uebergabe, der Besitz, der Genuß der geschenkten Sache,

bis auf das Absterben des Schenkenden verschoben wird: so ist es eine donatio inter vivos. Z. E. ich schenke dir mein Haus; die Schenkung soll unverbrüchlich seyn, und du sollst ein unwiderrufliches Recht auf das Haus haben; ich behalte mir aber den Besitz und Nießbrauch vor, so lange ich lebe (*[1]). Bey der Schenkung von Todes wegen muß b) die Vollkommenheit des Geschäftes vom Tode des Schenkenden abhangen. Wenn sie auf den Tod eines Dritten verschoben wird, so ist es keine donatio mortis causa; z. E. auf den Fall, wenn mein Oheim sterben wird, sollst du mein Haus haben. Diese Schenkung ist inter vivos; weil sie sich aber doch auf einen Todesfall bezieht, so heißt sie *mortis causa capio* (*[2]).

Die donatio inter vivos ist entweder *relata*, oder *simplex*, s. *absoluta*; die relata entweder *remuneratoria* oder *modalis*. Wenn ich einem etwas schenke in Rücksicht einer gewissen Prästation, so heißt es donatio *relata*; schenke ich ohne solche Rücksicht, so ist sie *simplex* oder *absoluta*. Hat mir der Andere etwas geleistet, das ist, gegeben oder gethan, und ich mache ihm zur Belohnung ein Geschenk, so ist es donatio *remuneratoria* (*). Soll aber der Andere erst noch etwas leisten, das übrigens nur ihm, nicht mir oder einem Dritten nützlich ist, z. E. ich schenke dir 100 Thaler, daß du dich in die Bürgerschaft einkaufen kannst, so heißt es donatio *modalis* (S. Tab. XXV. b) (*[3]).

Der Unterschied zwischen Schenkungen von Todes wegen, und unter den Lebenden ist sehr groß. Denn die letztere ist ein Vertrag, die erstere ein Mittelding von Vertrag und letztem Willen. Unten im zehenten Titel des zweyten, und vierzehenten Titel des dritten Buches werden die Begriffe vom letzten Willen und Vertrag vollständig entwickelt werden. Hier bemerke man vorläufig: wenn ich erkläre, daß jemand nach meinem Tode etwas von meinem Vermögen bekommen soll, er aber diese Erklärung nicht mit rechtlicher Wirkung acceptiren kann: so habe ich einen letzten Willen erklärt. Wenn ich hingegen einem etwas verspreche, und er mein Versprechen rechtsgültig acceptirt: so ist ein Vertrag vorhanden. Ein solcher Vertrag ist nun die donatio inter vivos. Denn ich erkläre, der Andere soll meine Sache unentgeldlich haben, und er acceptirt diese Erklärung. Hingegen die donatio mortis causa hat einiges mit Verträgen, und einiges mit letzten Willen gemein (fluctuat inter conventionem et ultimam voluntatem) (S. §. 414.) (*[4]).

Nach dem alten Römischen Recht wirkte die Schenkung unter den Lebendigen keine Klage, wenn sie nicht durch eine Stipulation geschah; das heißt, wenn ich einem etwas zu schenken versprach, aber mit bloß gemeinen Worten, ohne Formel (sine verbis solennibus): so konnte ich aus dem Versprechen nicht belangt werden. Justinian hat dieses in L. 35. C. de donat. abgeschafft, und verordnet, daß eine Schenkung unter den Lebendigen eine Klage wirken

schlechterdings die Mancipation zur Gültigkeit jeder Schenkung (oder wie Hr. Prof. Hugo im civilist. Magazin 1. B 459. S. glaubt, wenigstens zur Gültigkeit beträchtlicher Schenkungen) erfordert; so folgt doch daraus wieder nicht: also war die Schenkung eine blos bürgerliche Erwerbungsart.

Von der Rechtsgeschichte dieser Lehre habe ich zu bemerken: Das älteste (bekannte) Römische Gesetz über die Schenkungen ist lex Cincia vom J. 550. von dem wir aber wenig mit Gewißheit wissen. Es verordnete 1) daß kein Sachwalter für die Führung eines Processes ein Geschenk nehmen sollte. 2) Setzte er etwas über die Mancipation und Tradition bey den Schenkungen fest. Was aber, weiß ich nicht; denn ich finde nirgends eine Nachricht von dieser Verordnung, als in der ziemlich undeutlichen L. 4. C. Theod. de donat. (VIII. 12.). Diese lex Cincia ist in der Folge durch neue Gesetze theils bestätigt, theils abgeändert worden. Daß zur Zeit der Classiker eine Schenkung auch durch eine Stipulation habe geschehen können, ist außer Zweifel. L. 2. §. 2. et 3. D. h. t. Constantin M. verordnete, daß alle Schenkungen schriftlich aufgesetzt, und gerichtlich protocolliret werden sollten. L. 1. 2. 3 C. Theodos. de donat. Theodosius u. Valentinian erließen die Nothwendigkeit der Scriptur, und schränkten die gerichtliche Anzeige auf Schenkungen über 200 aureos ein L. 29. C. h. t. (VIII. 54). Justinian schrieb anfangs die gerichtliche Insinuation bey Schenkungen über 300 solidos vor, L. 34. C. de donat. nachher setzte er 500 fest, L. 36 C eod. und verordnete zugleich, daß weder mancipatio, noch traditio, noch stipulatio zur Gültigkeit erforderlich seyn solle. L. 35. §. ult. C. eod. *Retes* tract. de donationibus cap. 19. sqq. in *Meermann.* thesaur. Tom. 6. pag. 644. sqq. *Brummer* tr. de L. Cincia, in opusc num 1. *Spitz* diss. iura donationum inter vivos historice explicata, Erf. 1769. die aber nicht sehr gründlich ist. Ein gemeiner Irrthum, den auch Brummer am a. O. begeht, ist: lex Cincia habe den Schenkungen ein gewisses Maaß vorgeschrieben; dieß ist schlechterdings unerweislich. Man s. *Meermann* ad *Ulpian.* in thesaur. Tom. 7. pag. 742. und *Paulli* recept. sentent. in Hr. Prof. Hugo's Ausgabe, S. 150.

§. 409. Unterschied der donationis mortis causa und inter vivos.

In Rücksicht des Falles, auf welchen die Schenkung geschieht, und der davon abhangenden Festigkeit, ist die Schenkung entweder *inter vivos* oder *mortis causa*. Die donatio mortis causa ist eine Schenkung, deren Vollkommenheit vom Tode des Schenkenden abhängt, das heißt, die nicht eher unwiderruflich ist, als bis der Schenkende stirbt. Z. E. ich schenke dir auf den Fall, daß ich sterbe, mein Haus; so lange ich lebe, sollst du kein unwiderrufliches Recht auf das Haus haben; erst alsdann, wann ich todt bin, soll die Schenkung fest und unverbrüchlich seyn. Donatio inter vivos hingegen heißt eine jede, deren Vollkommenheit nicht von dem Tode des Schenkendeu abhängt.

Wo also eine Schenkung von Todes wegen vorhanden seyn soll, da muß a) die Vollkommenheit der Schenkung vom Todesfall abhangen. Wenn die Schenkung sogleich gültig und unwiderruflich ist, und nur die Consummation, das heißt, die Uebergabe, der Besitz, der Genuß der geschenkten Sache,

stellen. Ein merkwürdiges Gesetz in dieser Materie ist L. 3. C. de donat. quae sub modo (VIII. 55.). S. Strube rechtl. Bed. 3. B. 70. S.

(4) Schon die Classiker wußten nicht recht, wohin sie die Schenkung von Todes wegen classificiren sollten. Die Cassianer rechneten sie zu den Verträgen, L. 35. §. 3. D. de m. con. Julian und Ulpian zu den Verm[illegible]tnissen L. 17. eod L. 1. §. 1. D. quae in fraud. patron. Justinian ent[illegible]d, daß sie als legata gelten sollten. §. 1. I. h. t. L. 4 C. de don m. c. (VIII. 57.) Nov. 87. Allein daraus folgt noch nicht, daß nun diese Schenkungen ganz als ein letzter Wille anzusehen, von den legatis gar nicht mehr unterschieden sind, wie mit einigen älteren Rechtsgelehrten behauptet: *Io. Tob. Richter* diss. de acceptatione in don. m. c. non necessaria, §. 4. seqq. Dieß wird durch die L. 35. § 3. et 4. de m. c. donat. pr. I. h. t. und die Nov. 87. cap. 1. widerlegt. In der L. 35 und der Novelle heißt es: man könne sich verbindlich machen, eine Schenkung von Todes wegen nicht zu widerrufen. Ein solches Versprechen aber ist bey einem letzten Willen ungültig. Im §. 1. I. h. t. sagt Justinian, die donatio m. c. sey per omnia *fere* den legatis gleich; also sie ist es doch nicht gänzlich. Man s. *Christ. Heur. Stryk* diss interesse controvers. iur. cap. 5. §. 24.

(5) Nur müssen die Worte eine gegenwärtige, nicht eine erst künftige Schenkung ausdrücken (verba in praesens, non in futurum collata). *Vinn.* ad §. 2. h. t. n. 2. Nach unsern Deutschen Rechten ist dieß aber nicht erforderlich, da bey uns jeder nicht verbotene Vertrag eine Klage wirkt. §. 747.

(6) Kein Contract in eigentlichem Verstande. *Rebhan* paralipom. Meieran. fol. 321. *Hunn.* ad *Treutler.* vol. 3. disp. 20. thes 1. *Gottfr. Barth* diss. de negatione contractuum unilateral. §. 2. in collect. diss. p. 624. sqq. Hugo civilist. Magazin 1. Band 457. Seite.

(7) Sie ist aber keine Regel, sondern eine blos persönliche Klage, wie *Vinn.* ad l. c. n. 3. zeigt.

§. 410. Regeln von den Schenkungen überhaupt.

Jede Schenkung, sowohl die unter den Lebendigen, als die von Todes wegen, ist ein Vertrag. Sie erfordert also 1) zu ihrer Gültigkeit alles, was zu einem gültigen Vertrag erfordert wird: freye Einwilligung solcher Personen, welche Verstand und Willen haben, über einen Gegenstand, über den sie disponiren können, u. s. w. (§. 733.). Ist die Schenkung erzwungen, oder durch Betrug erschlichen, so haben die Exceptionen und Rechtsmittel dagegen Statt, welche gegen andere Verträge dieser Art verstattet sind.

2) Alle Sachen, welche ein Gegenstand des Commerzes sind, d. i. über welche man Verträge schließen kann, können verschenkt werden. Nur haben viele Juristen behauptet, man könne nicht sein **ganzes Vermögen, gegenwärtiges und zukünftiges**, verschenken (*1). Allein ihre Gründe halten die Prüfung nicht aus (*2). Uebrigens muß ein solcher donatarius universalis alle Schulden des donatoris, welche vor der Schenkung gemacht sind, bezahlen (*3).

3) Da Vater und Kinder, so lange diese in väterlicher Gewalt sind, als Eine Person betrachtet werden, und nicht mit einander paciscsiren können; so können sie einander auch nichts schenken. So lang die Kinder noch nichts eignes haben konnten, war dieser Satz ohne Einschränkung wahr. Seit dem aber die Kinder peculia militaria und adventitia erwerben können, leidet er so große Ausnahmen, daß er fast ganz umgestoßen worden ist. Denn a) wenn der Vater den Kindern etwas schenkt, was zu einem peculio castrensi oder quasi castrensi oder adventitio wird (§. 427. 428.), so gilt die Schenkung (*4). Auch umgekehrt, Kinder, welche ein peculium castrense oder quasi castrense haben, können davon ihrem Vater etwas schenken (*5). b) Wenn der Vater den Kindern die Früchte ihres peculii adventitii ordinarii überläßt (§. 430.); so ist die Handlung gültig (*6). Auch c) in andern Fällen wird die Schenkung, welche der Vater an die Kinder gemacht hat, gültig, wenn der Vater stirbt, oder das Kind emancipirt, ohne die Schenkung widerrufen zu haben (*7). d) Daß zwischen emancipirten Kindern und dem Vater, deßgleichen zwischen Kindern und der Mutter Schenkungen Statt finden, ist außer Zweifel.

(1) *Bachov.* disput. miscellan. cap. 13. p. 137. seqq. *Fachin.* controv. lib. 6. cap. 87. 93. *Ant. Faber* coniect. lib. 10. cap. 20. *Tuldenus* ad Pand. h. t. cap. 10. *Carpz.* lib. 5. resp. 65.

(2) Diese Gründe sind: man setze sich durch eine solche Schenkung außer Stand ein Testament zu machen; die Schenkung sey ein titulus singularis, durch welchen das ganze Vermögen nicht übertragen werden könne, ꝛc. Man findet sie beantwortet bey *Rebhan* paralipom. *Meier* fol. 323. *Leyser* sp. 433. med. 2. *Coccei* ius controv. h. t. quaest. 6. *Walch* l. c. p. 291.

(3) Denn eine Schenkung des Vermögens ist nur von dem zu verstehen, was einer zu verschenken hat, nemlich was nach Abzug der Schulden Sein ist. Bona intelliguntur cuiuscunque, quae deducto aere alieno supersunt, sagt Paullus L. 39. §. 1. D. de V. S. Auch L. 72. pr. D. de iur. dot. und L. 12. D. de donat. bestärken unsern Satz. *Voet.* ad Pandect. h. t. §. 20. Strube rechtl. Bed. 1. Th. 178. Bed. *Müller* ad *Leyser* Obs. 812. Nicht alle Verbindlichkeiten des Schenkers gehen auf den Donatar über, er ist kein Universalsuccessor, so wie z. B. der Erbe.

(4) L. 4. C. famil. hercisc. (III. 36.). Ein peculium adventitium wird das Geschenk, wenn der Sohn dem Vater Dienste geleistet hat, und zur Belohnung von ihm beschenkt wird. *Lauterb.* colleg. h. t. §. 25.

(5) Arg. L. 3. §. 3. 4. D. de donat. int. vir. et ux. L. 52. §. 5. et 6. D. de furt.

(6) L. 6. §. 2. C. de bon. quae lib. (VI. 60.).

(7) L. 25. C. de donat. int. vir. et ux. (V. 16.) L. 31. §. 2. D. L. 17. pr. C. h. t. (VIII. 54.). Allein von welcher Zeit an ist die durch den Tod des Vaters bestätigte Schenkung gültig? Gleich vom Anfang, oder erst vom Tode des Vaters an? Ist der Sohn schon bey Lebzeiten des Vaters Eigenthümer, zieht er die Früchte? Die verschiedenen Meynungen erzählt und beurtheilt *Masius* singular. opin. lib. 5. cap. 8.

§. 411. Grundsätze von der Schenkung unter Lebendigen.

Die Schenkung unter den Lebendigen ist ein wahrer, reiner Vertrag. Es wird daher 1) die Acceptation des donatarii zu ihrer Gültigkeit erfordert. Zu jedem Vertrag gehört Versprechen und Acceptation. So lang die letztere fehlt, ist kein verbindliches Pactum vorhanden, also auch keine Schenkung. Diesen in dem Rechte der Vernunft und der Natur der Verträge gegründeten Satz bestätigen auch die Römischen Gesetze und Classiker. Javolenus in der L. 55. D. de obligat. et act. sagt: in omnibus rebus quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium, nam sive ea venditio, *sive donatio*, sive conductio, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id, quod inchoatur, non potest. Damit stimmt auch L. 26. D. h. t. überein. Und L. 26. C. de donat. (VIII. 54.) schreibt vor, daß, wenn man einem Kinde etwas schenken will, ein Sklave des Kindes die Schenkung acceptiren solle. Wenn daher einige Juristen (*1) haben behaupten wollen, daß die Schenkung, wenigstens nach neuem Justinianeischen Rechte, keine Acceptation erfordere: so ist es eine paradoxe und unrichtige Meynung (*2). 2) Ein jeder gültiger Vertrag ist unwiderruflich, kein Theil kann ohne des Andern Einwilligung davon abgehen. Folglich ist auch eine gültige Schenkung unter den Lebendigen irrevocabel.

(1) *Ant. Faber* de error. pragmat. decad. 47. error. 1. pag. m. 1054. *Io. Pet. de Ludewig* diss. de diff. iur. rom. et germ. in donat. et barbaro adnexu acceptatione (Hal. 1721.) in diss. select. vol. 3. n. 21. differ. 2. et 3. *Car. Godofr. Winkler* progr. de donatione, et adversus eius acceptationem, observationes grammaticae, Lips. 1770.

(2) *Schilter* Ex. 43. th. 24. *Gundlingian.* part. 29. obs. 2. 3. 4. *Leyser* sp. 433. med. 8. *Voorda* interpret. lib. 3. cap. 19. *Pufendorf* tom. 4. obs. 156. *Walch* controv. p. 462. edit. III. *Io. Friedr. Wernher* diss. de acceptat. in donat. necessaria. Viteberg. 1724. *Wolber* diss. de opinata remissionum debiti sine acceptatione validitate, §. 7. sqq. *Ge. God. Schwope* diss. de acceptatione, quoad vocis sensum haud barbaro donationis adnexu. Lips. 1778. *Müller* ad *Leyser* obs. 692.

§. 412. Fortsetzung.

Weil indessen doch der Schenkende seine Sache umsonst weggiebt, so ist es zuweilen erlaubt, eine Schenkung ganz oder zum Theil zu widerrufen, umzustoßen oder zurückzunehmen. Eine Schenkung kann nemlich 1) aufgehoben werden, wenn sie *inofficiosa* ist. Gewissen Personen muß ich einen Theil meines Vermögens nothwendig hinterlassen, nemlich meinen Kindern, Eltern, und zuweilen auch den Geschwistern. Dieser Theil heißt Pflichttheil (§. 473), und alles, wodurch derselbe einem benommen oder geschmälert wird, heißt *inofficiosum*; also auch die Schenkung ist inofficiosa, wodurch dem Pflichttheil Eintrag geschieht. Man stelle sich vor, mein Vermögen wäre 12000 Thaler,

Thaler, meiner Kinder wären vier. In diesem Falle ist der Pflichttheil für jedes Kind 1000 Thaler. Wenn ich nun so viel verschenke, daß ein Kind nicht einmal 1000 Thaler erbt: so habe ich inofficiose geschenkt, und die Kinder können die Schenkung revociren (*¹). Man streitet darüber, ob eine Schenkung nur alsdann inofficiosa sey, wenn sie in der Absicht geschieht, den Pflichttheil zu schmälern, oder ob es genug sey, daß sie diese Wirkung habe; ob *affectus* laedendi legitimam erfordert werde, oder ob *effectus* hinreichend sey? Das letzte ist das richtigste, wie Puffendorf, Walch (*²) und Andere zeigen. Noch zweifelhafter ist es, ob eine inofficiose Schenkung durch die querelam inofficiosae donationis gänzlich umgestoßen werden könne, oder nur in so weit, als sie dem Pflichttheil Eintrag thut. Nemlich ausgemacht ist, daß 1) wenn Jemand einen Theil seines Vermögens verschenkt, und das übrige nicht so viel als der Pflichttheil beträgt, nur die expletorische Klage angestellt, und so viel von dem Geschenk zurückgefordert werden kann, als zur Ergänzung des Pflichttheils erforderlich ist. Aber das ist 2) die Frage: ob, wenn ich mein ganzes Vermögen verschenkt habe, meine Notherben die ganze Schenkung umstoßen können, oder ob sie nur so viel, als ihr Pflichttheil ausmacht, zurück zu fordern befugt sind? Ich halte dafür, daß sie die ganze Schenkung umstoßen können (*³).

2) Die Schenkung unter den Lebendigen ist widerruflich, wenn der donatarius sich undankbar bezeigt (*⁴) Wie diese Undankbarkeit beschaffen seyn müsse, wenn sie eine Ursache zur Revocation der Schenkung werden soll, ist in der L. fin. C. de revoc. donat. (VIII. 56.) bestimmt. Wenn nemlich der donatarius a) schwere Verbalinjurien (iniurias atroces) gegen den Schenker ausstößt; b) wenn er ihn thätlich beleidigt (si impias manus infert); c) ihn vorsetzlich um einen beträchtlichen Theil seines Vermögens bringt, durch Diebstahl, Raub, Verrätherey, Anklage rc. (si iacturae molem ex insidiis suis ingerit, quae non levem sensum substantiae donatoris imponit); oder d) ihm nach dem Leben steht (vel vitae periculem aliquod intulit). Justinian setzt noch hinzu: wenn der donatarius die der Schenkung beygefügten Verträge nicht erfülle. Allein in diesem Falle wird die Schenkung nicht der Undankbarkeit wegen widerrufen. Ob übrigens eine Schenkung bloß wegen der vier angeführten, oder auch wegen anderer gleich wichtigen Ursachen (z. E. wenn der donatarius den verarmten Schenker nicht ernähren will), revocirt werden könne, ist bestritten. Die meisten Juristen behaupten das letzte (*⁵), ob aber mit Grund, daran zweifle ich. Denn das Gesetz sagt: *ex his tantummodo causis.* Nur in dem Fall, wenn sich ein factum unter eine der bestimmten Ursachen classificiren läßt, kann man diese Meynung zugeben. Z. E. wenn der donatarius die Tochter des Schenkers schwängert,

mit dessen Frau Ehebruch begeht, so kann die Schenkung widerrufen werden; denn dieß ist eine Art von Injurien. Stirbt der Schenker, ohne die Klage gegen den undankbaren donatarium angestellt zu haben, so können seine Erben nicht klagen; denn die Gesetzgeber nehmen an, der Schenker habe die Beleidigung verziehen. Auch kann ich eine Schenkung nicht widerrufen, wenn sich erst die Erben des donatarii undankbar bezeigen.

Endlich ist auch 3) eine gerechte Ursache, die Schenkung zu widerrufen, *supervenientia liberorum*. Wenn ich nicht vermuthe, daß ich noch Kinder bekommen würde, und in diesen Umständen einem ein Geschenk mache, nun aber gegen meine Vermuthung noch Kinder erhalte: so bin ich befugt, die Schenkung zu widerrufen. Denn die Kinder, sagt man, sind mir näher, als der donatarius, und ich machte das Geschenk unter der stillschweigenden Clausel, wenn die Umstände sich nicht ändern würden (rebus sic stantibus). Auch haben wir ein ausdrückliches Gesetz über diese Sache. Nemlich L. 8. C. de revoc. donat. (VIII. 56.) giebt dem Patron das Recht, eine dem Freygelassenen gemachte Schenkung wegen nachkommender Kinder zu revociren. Viele behaupten zwar, daß man diese Verordnung nicht mit Grund auf andere Schenkende ausdehnen könne (*6). Indessen läßt sich doch manches für die extensive Auslegung anführen, und in der Praxis ist sie unstreitig angenommen (*7).

Es giebt Rechtsgelehrte, welche glauben, daß eine Schenkung auch alsdann widerrufen werden könne, wenn der Schenker in der Folge verarmt (*8). Diese Meynung ist aber aus den Gesetzen schlechterdings nicht zu erweisen (*9). Richtig hingegen ist, daß einem Schenker die Wohlthat der Competenz zukommt, d. i. wenn ich einem so unmäßige Schenkungen gemacht hätte, daß ich, wofern ich sie erfüllen müßte, an den Bettelstab kommen würde: so bin ich befugt, soviel zurück zu behalten, als ich zu meinem standesmäßig nothwendigen Unterhalt brauche. Is, qui ex causa donationis convenitur (sagt Paullus in der L. 19. §. 1. D. de re iud.) in quantum facere potest, condemnatur (§. 1140.).

Die Note bemerkt, daß der berühmte Jurist Andreas Tiraquell, der ein so fruchtbarer Ehemann und Schriftsteller war, daß er alle Jahr ein Kind zeugte, und alle Jahr ein Buch schrieb, die angeführte L. 8. C. mit einem Commentar erläutert hat (*10).

(1) *Pufendorf* tom. 2. obs. 178. tom. 3. obs. 23. Strube rechtl. Bed. 5. Theil. 125. Bed.

(2) Denn von der querela inofficiosi *testamenti* kann man auf die querelam inofficiosae *donationis* schließen. Bey jener aber wird auf die Absicht des Testirers nicht gesehen; anderer Gründe nicht zu gedenken. *Pufendorf* tom. 2. obs. 178. pag 561. *Walch* diss. de praescriptione donationis inofficiosae, §. 5. *Idem*

in controvers. p. 472. edit III. Der gegentheiligen Meynung sind Donellus, Ant. Faber und andere, die Walch anführt. Was ist aber Rechtens bey einer donatione mortis causa inofficiosa? Wenn jemand einen Theil seines Vermögens mortis causa verschenkt, und dadurch den Pflichttheil schmälert: so ziehen die Erben von der Schenkung so viel ab, als der Pflichttheil erfordert. *Wissenbach* ad Cod. lib. 5. tit. 29. *Harprecht* de iure deducendi duas quartas, n. 640. 641. 671. in diss. acad. vol. 1. p. 527. et 527. Verschenkt hingegen jemand sein ganzes Vermögen inofficiose: so wird die Schenkung durch die querelam inofficiosae donationis umgestoßen, *Voet.* ad Pand. tit de m. c. donat. § 40. *Stryk* us. mod. eod. tit. §. 4. und ich sehe nicht ein, wie man diese Klage auf die Schenkungen unter den Lebendigen ganz allein einschränken kann, welches *Perez* ad Cod. lib. 3. tit. 29 n. 3. *Lauterbach* diss. de inofficiosa donatione, thes. 25. in diss. collect. vol. 2. p. 1368. *Rau* diss. de querela inofficios. donat. §. 3. p. 11. und Schmidt Lehrbuch von Klagen, §. 554. thun. Man s. auch *Thiess* diss. de querela inofficiosae donationis (Goett. 1792.) pag. 8. sqq.

(3) Der Grund ist auch hier die Aehnlichkeit der querelae inofficiosae donationis mit der querela inofficiosi testamenti. Daß von jener Klage ein Schluß auf diese gilt, zeigt L. 9. C. de inoff. donat. (III. 29.) wo es heißt: non convenit dubitari, quod immodicarum donationum omnibus (d. i. in allem, cod. Theod. fügt omnis) querela ad similitudinem inofficiosi testamenti sit introducta, ut sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis existimanda, vel idem et temporibus (die eine wird angestellt nach dem Tode des Testators, und die andere nach dem Tode des Schenkers) et moribus (d. i. in ihren Eigenschaften). *Iac. Gothofred* ad cod. Theod. Tom. 1. pag. 210. sq. ed. *Ritter. Pufendorf* Tom. 2. obs. 178. Tom. 3. obs 23. *G. L. Boehmer* diss. de querel. inoff. don. fratr. §. 15. 16. in elect. iur. civ. Tom. 1 p. 266. sqq. Strube rechtl. Bed. 5. Th. 266. Indessen hat die entgegengesetzte Meynung, daß die Schenkung nur in soweit ungültig sey, als sie den Pflichttheil schmälere, auch sehr starke Gründe für sich. Man s. *Vinn.* sel. qu. lib. 1. cap. 33. *Friesen* diss. de querela inofficiosae donationis (Ien. 1715.) pag. 15. sqq. *Westenberg* de port. legit. Diss. 4. cap. 3. *Walch* opusc. Tom. 1. sect. 1. pag. 299. et controv. pag. 472. edit. III. *Thiess* diss. cit. pag. 21. sqq. und vorzüglich *Schorch* tract. de donatione inofficiosa, pro parte legitimae rescindenda, pag. 7. sqq. wo auch die Geschichte dieser Streitfrage (pag. 5. sqq.) erzählt ist.

(4) Einen hieher gehörigen Fall hat Strube am a. O. 4. Th. 466. S.

(5) *Struv.* Ex. 39. th. 15. ibique *Müller*, *Schilter* Ex. 43. th. 20. sqq. *Vinn.* ad §. 2. I. h. t. n. 7. *Walch* controv. pag. 477. edit. III. Anderer Meynung sind *Strauch* diss. ad ius Iustin. disp. 8. th. 26. *Schlitte* diss. cit. cap. 2. § 22. *Cocceii* ius controv. h. t. qu. 10. Man s. auch *Schilter* Ex. 43. th. 20. sqq. *Dietmar* diss. de donat. inter vivos revocabili et m. c. irrevocab. (Ien. 1759.) §. 16.

(6) *Hotomann* amicab. respons. lib. 1. cap. 12. *Lycklama* studiosor lib. pag. 54. sqq. *Iac. Gothofred.* ad Cod. Theodos. lib. 8. tit. 13. leg. 3. tom. 2. pag. 657. sqq. edit. *Ritter. Hub. Giphan.* in lect. Altorph. pag. 244. sqq. *I. Henn. Boehmer.* Ex. ad Pand. Tom. 1. pag. 233. sqq. *Schellhorn* diss. de opinata donationum ob supervenientiam liberorum revocatione (Goett. 1749.) §. 11. sqq.

(7) *Cuiac.* lib. 20. obs. 5. *Rebhan* paralipom. Meierian s. quaest. iur. select. ad coll. iur. Argentor. fol. 326. *Struv.* Ex. 40. th. 16 ibique *Müller* lit. γ. cum allegatis DD. *Lauterb.* coll. theor. pr. h. t § 53. *Wernher* tom. 2. part. 10. obs. 371. pag. 669. *Pufendorf* tom 3. obs. 157. Knorre rechtl. Abhandl. und Gutachten, num. 21. Köchy Meditationen, 1. Band 29 Betr.

(8) *Tiraquell* ad L. 3. C. de revoc. donat. fol. 99.

(9) *Stryk* de cautel. contract. sect. 3. cap. 9. § 8. *Leyser* sp. 494. med. 5.

(10) In einem alten Epigramm heißt es, er sey bis quindecim librorum et liberorum parens gewesen; d. i. er habe 15 Kinder gezeugt und 15 Bücher geschrieben. S. *Hommel* litterat. iur. p. 266. edit. 2.

§. 413. Fortsetzung.

Wenn ich einem etwas unter den Lebendigen schenke, so bekommt er bey meinen Lebzeiten ein Recht darauf, und in den meisten Fällen kann er auch verlangen, daß ich schon bey meinem Leben ihm das Geschenk wirklich gebe oder auszahle. Ich leide also Schaden, vermindere mein Vermögen und bekomme nichts dafür. Aus diesem Grund kann 1) Niemand schenken, als wer die freye Disposition über sein Vermögen hat. Ein Pupill und Minderjähriger können also nichts verschenken; eben so wenig ein tutor, curator, oder ein anderer Verwalter fremden Vermögens. Ein filius familias kann von seinem peculio adventitio regulari nichts verschenken, wohl aber von seinem castrensi, quasi castrensi oder adventitio irregulari.

2) Ehegatten sind nicht befugt, einander inter vivos zu schenken (*1). Die Classiker führen als den Grund dieses Gesetzes an: a) ein Ehegatte möchte dem andern durch verstellte Liebkosungen (mutuato d. i. fictitio amore) (*2) das Vermögen abschwätzen, und ihn an den Bettelstab bringen. b) Ein eigennütziger Ehegatte würde dem andern übel begegnen, sich wohl gar von ihm scheiden (denn bey den Römern waren die Ehescheidungen sehr leicht; §. 119.) wenn ihm der andere keine Geschenke machen wollte; man würde also Friede und Eintracht in der Ehe durch Geschenke erkaufen müssen (venalitia essent matrimonia). Die Ehescheidungen würden aber ein großes Hinderniß in der Erziehung der Kinder seyn (non esset studium educendi, d. i. educandi liberos (*3). Indessen bemerke man: 1) nicht alle Schenkungen unter den Ehegatten sind ungültig; sondern a) nur diejenigen, wodurch der Schenkende ärmer, der Beschenkte hingegen reicher wird (*4). b) Schenkungen, welche sich Ehegatten gewöhnlich machen, am Christfeste, Neujahrstage (Kalendis Martiis bey den Römern), Geburtstagen sind gültig, in so ferne sie mäßig sind (*5). Jede Schenkung unter Ehegatten wird durch den Tod der Schenkenden bestättigt (*6). Wenn also ein Ehegatte dem andern eine Schenkung gemacht hat, so muß man folgende drey Fälle unterscheiden: a) beyde Ehegatten leben noch, b) der Beschenkte ist mit Tod abgegangen; c) der Schen-

kende ist gestorben. Im ersten Falle kann der Schenkende die Donation widerrufen; im zweyten hebt sich die Schenkung von selbst (ipso iure) auf, und es ist kein Widerruf nöthig (*7); im dritten aber ist die Schenkung gültig; sie ist durch den Tod des Schenkenden dergestalt bestätigt, daß sie von dem Erben nicht widerrufen werden kann (*8).

3) Eine Schenkung, welche sich über 500 solidos belauft, muß bey der Obrigkeit angezeigt, und von ihr protocollirt werden, *actis insinuanda est* (*9).

Ich habe hiebey mancherley zu bemerken. a) Der solidus war eine Goldmünze, die sich zum Ducaten wie $1\frac{1}{3}$, zu 1 verhält (*10). Wenn also der Ducat 5 fl. gilt, so sollte man den solidum zu 6 fl. 40 kr. annehmen. Er wird aber in der Praxis zu einem Ducaten gerechnet (*11). b) Was ist die Raison dieser Verordnung? Die L. 27. C. h. t. (VIII. 54.) giebt keine andere als diese: si quidem clandestinis ac domesticis fraudibus facile quidvis pro negotii opportunitate confingi potest, vel id quod vere gestum est, aboleri, die gerichtliche Insinuation soll den ernstlichen und freyen Willen des Schenkers außer Zweifel setzen (*12). c) Eine Schenkung, die sich über 500 solidos belauft, und nicht gerichtlich protocollirt ist, ist nicht ganz ungültig, sondern nur in so weit, als sie diese Summe übersteigt. Z. E. wenn ich einem 600 solidos außergerichtlich geschenkt habe: so muß ich ihm 600 bezahlen, und nur in Ansehung der letzten Hundert ist die Schenkung ungültig. d) Daß die Obrigkeit eine Untersuchung anstelle, ehe sie die Schenkung protocollirt, ist nicht nöthig (*13). e) Viele behaupten, daß bey remuneratorischen Schenkungen die Insinuation nicht erforderlich sey, aber ohne Grund, denn die Raison des Gesetzes tritt auch bey ihnen ein (*14).

(1) Die Geschichte dieses Artikels ist: als die Weiber noch in manum mariti kamen, konnte eine Schenkung unter Ehegatten, da Mann und Frau Eine Person waren, begreiflicher Weise nicht gelten, so wenig als eine Schenkung zwischen Vater und Kindern. Diese Art der Ehen war in den ersten fünf Jahrhunderten des Römischen Staats die gewöhnliche (§. 128.). Sie kam aber in den folgenden Zeiten ganz aus der Mode, und nun stand den Schenkungen unter Ehegatten jene persönliche Einheit nicht mehr entgegen. Allein dem ungeachtet blieben sie ungültig. Der Ursprung dieses Rechts ist dunkel. *Ulpian* L. 1. D. de don. int. vir. et uxor. sagt: *moribus* apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent; und Antonin L. 3. pr. eod. *maiores nostri* inter virum et uxorem donationes prohibuerunt. Gewiß ist, daß dergleichen Schenkungen ganz nichtig (ipso iure nullae) waren. L. 3. §. 10. eod. Die Rechtsgelehrten milderten indessen diesen Satz auf mancherley Art. Sie behaupteten z. B. daß nur die Schenkungen ungültig seyen, wodurch der Schenkende ärmer und der Beschenkte reicher werde ꝛc. Im J. Chr. 206. wurde auf Veranlassung des K. Antoninus Caracalla durch ein Senatusconsult verordnet: daß die Schenkungen unter Ehegatten zwar a) von dem Schenkenden widerrufen werden können; wenn er sie aber b) nicht widerrufe, durch seinen Tod

gültig werden, hingegen c) wenn der Beschenkte zuerst sterbe, ungültig (nullius momenti) seyn sollten. Justinian änderte nichts wesentliches in dieser Lehre, sondern verordnete nur L. 25. C. de don. inter vir. et uxor. (V. 16.) daß die Schenkungen der Ehegatten, wenn sie legitimam quantitatem (damals 200, nachher 500 Soliden) überschritten, gerichtlich insinuirt werden; ferner L. 26. C. eod. daß Schenkungen unter dem Imperator und seiner Gemahlin gültig seyn, und L. 27. C. eod. daß wenn der Donator nach geschehener Schenkung in die Kriegsgefangenschaft komme und darin sterbe, desgleichen wenn der Donator als Römischer Bürger sterbe, der Beschenkte hingegen zur Zeit des Absterbens gefangen sey, und nachher zurückkehre, die Schenkung gelten solle. Endlich setzte er in der Nov. 162. cap. 1. fest, daß auch in dem Fall, wenn das Geschenk auch nur versprochen, noch nicht übergeben worden wäre, die Schenkung durch den Tod des Schenkenden solle bestätigt werden. *I. H. Boehmer* diss. de statu donat. inter vir. et uxor. antiquo et hodierno in Ex. ad P. tom. 4. *Zachar. Richter* diss. de oratione Antonini de donat. inter vir. et uxor. confirmandis Lips. 1759. *Henr. Io. Otto Koenig* diss. vicissitudines iuris rom. circa donat. inter vir. et uxor. Hal. 1771. *Ios. Mar. Schneidt* diss. de utilitate studii chronologici in iurispr. civil. Wirceb. 1782. Die Hauptschrift über die Schenkung der Ehegatten ist *Scip. Gentilis* tract. de donat. inter vir. et uxor. — — Die angeführte Novelle 162. c. 1. entscheidet eine Rechtsfrage, worüber sonst die Juristen uneinig waren. Man vergleiche L. 23. u. L. 33. §. 2. D. de donat. inter vir. et uxor. Sie ist zwar nicht glossirt, aber doch den vorhin gedachten Verordnungen Justinians, worauf er sich auch beruft, völlig consequent; und daher auch in der Anwendung billig zu befolgen. Weber von der natürl. Verbindl. §. 89. a. pag. 375. der 3ten Ausgabe.

(2) *Brencmann* in not. ad L. 1. cit. in edit. corp. iur. *Gebauer.*

(3) *Boehmer* diss. cit. §. 25.

(4) D. i. wenn a) der Schenker nichts von seinem schon wirklichen Vermögen verliert, z. E. der Mann entsagt nur einer ihm angefallenen Erbschaft zum Besten der Ehefrau; oder b) wenn des Beschenkten Vermögen durch das Geschenk nicht vermehrt wird; z. E. die Frau schenkt dem Mann eine Summe Geld, um sich eine Begräbnißstätte zu kaufen, so gilt die Schenkung. L. 5. §. 13. D. de don. inter vir. et ux.

(5) L. 31. §. 8. eod. sagt: Si vir uxori munus immodicum Kalendis Martiis aut natali die dedisset, donatio est (eine ungültige Schenkung). Auch noch in einigen andern Fällen sind die Schenkungen gültig. Man s. L. 14. L. 40. L. 41. L. 42. eod. Ueberhaupt ist zu bemerken, was Paullus L. 28. §. 2. eod. sagt: sane non amare, nec tanquam inter infestos ius prohibitae donationis tractandum est, sed ut inter coniunctos maximo affectu et solam inopiam timentes.

(6) *Godofr. Lud. Mencken* iun. diss. de donat. inter vir. et ux. non ipso iure nullis, in opusc. n. 18. *Mynsinger* P. 2. Obs. 33. n. 3. behauptet, nur die Schenkungen der Ehegatten würden durch den Tod bestätiget werden, wobey die geschenkte Sache übergeben worden ist. Man sehe oben die vorhergehende Note 1. *Hahn* ad *Wesenb.* tit. de don. inter vir. et ux. n. 4.

(7) L. 32. §. 14. D. de donat. inter vir. et ux. L. 8. D. de reb. dub.

(8) L. 32. §. 2. D. L. 25. Cod. de don. inter vir. et uxor. (V. 16.)
(9) Man s. *Io. Christ. Spitz* diss. cit. iura donationum inter vivos historice explicata. §. 6. sqq.
(10) *Eisenschmidt* de ponderibus et mensuris veterum, pag. 55. et pag. 140.
(11) v. Cramer Wetzl. Beytr. 1. Th. num. 33. *Pufendorf* tom. 1. obs. 17. Estors Proceß 3. Th. §. 301. u. f. f.
(12) Weber von der natürl. Verbindlichkeit, §. 65. n. 7. Ich halte also nicht dafür, daß die Ursache dieser Verordnung darin liege, daß die Bürger sich nicht durch unmäßige Schenkungen ruiniren sollen, wie *Claproth* iurispr. extraiud. §. 196. annimmt.
(13) *Pufendorf* tom. 4. obs. 121. *Müller* ad *Leyser* obs. 691. Anderer Meynung ist *Claproth* l. c. §. 201. auch gewissermaßen Strube in den rechtlichen Bed. 3. Theil. 91. Bed.
(14) *Pufendorf* tom. 1. obs. 18. (§. 409. Note *). Noch ist zu bemerken: aus einer Schenkung insoweit sie über 500 Soliden geht, kann ich nicht belangt werden, wenn sie nicht gerichtlich insinuirt ist. Ich kann aber auch, wenn ich die geschenkte Sache oder Summe schon übergeben oder bezahlt habe, sie zurückfordern. L. 27. L. 36. §. 3. C. h. t. Weber §. 77.

§. 414. Regeln von der Schenkung von Todes wegen.

Die Schenkung von Todes wegen schwankt zwischen Vertrag und letzten Willen. Sie kommt nemlich mit einem letzten Willen in folgenden Stücken überein:

1) Muß einer, welcher m. c. schenken will, testamenti factionem haben, d. i. befugt seyn, ein Testament zu machen. Es giebt nemlich Personen, welche zwar durch Verträge über ihr Vermögen disponiren, doch aber kein Testament machen können, z. E. Apostaten, welche von der christlichen Religion zur jüdischen oder mohamedanischen übergehen. S. den 12. Titel dieses Buches. Diese können nicht mortis causa schenken (*1). Eine Ausnahme ist bey den filiis familias; denn sie können mortis causa schenken, wenn es ihnen der Vater erlaubt, ob sie gleich kein Testament machen können (§. 466.) (*2).

2) Muß die donatio m. c. vor fünf Zeugen geschehen (*3). Dies ist bey letzten Willenserklärungen, worin kein directer Erbe ernannt wird, der Regel nach erforderlich, bey Verträgen aber nicht. Die Zeugen müssen auch alle auf einmal (simul et uno actu) zugegen seyn (*4).

3) Nur solchen Personen kann man von Todes wegen schenken, welchen man etwas in seinem letzten Willen hinterlassen kann. In dem 14ten Titel dieses Buchs werden wir die Personen kennen lernen, die aus einem letzten Willen nichts bekommen können. Allen diesen kann man auch mortis causa nichts schenken.

4) So wie man einen letzten Willen in jeder Stunde widerrufen kann, so kann auch ein donator mortis causa seine Schenkung revociren, sobald sie ihn

reuet. Dieß ist merkwürdig, als eine positive Verordnung des Römischen Rechts, die das Naturrecht nicht kennt. Sagt z. B. Jemand: **wenn ich sterbe, sollst du mein Haus haben**; und der Andere acceptiret diese Erklärung: so ist es nach dem Naturrecht ein gültiger und unwiderruflicher Vertrag. Das Römische Recht aber erlaubt, die Schenkung zurückzunehmen. Daher können Ehegatten einander mortis causa schenken; daher bedarf die donatio m. c. keiner gerichtlichen Insinuation; daher kann auch ein Minderjähriger m. causa schenken, und hat nicht einmal den Consens seines Curators nöthig (*5). In dem Fall, wenn ich einem etwas mortis causa in Rücksicht auf eine gewisse Lebensgefahr schenke; z. E. ich schenke dir auf den Fall, wenn ich in dem heutigen Treffen bleibe, meine Equipage: wird die Schenkung von selbst, auch ohne Revocation, ungültig, sobald ich in dieser Gefahr nicht umkomme (*).

5) Wenn ich einem etwas in einem letzten Willen hinterlasse, so ist erforderlich, daß er mich überlebe. Stirbt er vor mir, so können seine Erben nichts verlangen. Eben dieses ist auch Rechtens bey der donatione m. c.

Die Schenkung von Todes wegen hat aber auch etwas mit den Verträgen gemein, und geht von den letzten Willensdispositionen a) darin ab, daß sie acceptirt werden muß (*6). Die Acceptation muß auch bey Lebzeiten des Schenkers geschehen. Wenn der donatar erst nach dem Tode des Schenkers die Schenkung acceptiren wollte, so würde der Erbe nicht schuldig seyn, die Acceptation gelten zu lassen. Indessen ist zu bemerken, daß eine Disposition das Ansehen einer Schenkung von Todes wegen haben, und doch ohne Acceptation gelten kann (*7). Wenn nemlich jemand erklärt: **er schenke auf seinen Todesfall einem Andern etwas**, und nicht erwiesen werden kann, daß er die Acceptation erwartet, verlangt habe: so gilt die Disposition als ein Vermächtniß oder Fideicommiß, vorausgesetzt, daß sie die dazu nöthigen Erfordernisse hat (§. 556.). b) Bey einer donatione m. c. kann man sich verbindlich machen, sie nie zu revociren, welcher Vertrag bey einem letzten Willen ungültig wäre. (§. 409. Not. 4.) (*8). c) Ihre Gültigkeit hängt nicht von der Antretung der Erbschaft ab. Wenn nemlich der Testamentserbe die Erbschaft nicht antritt, so gehen die Vermächtnisse zu Grund (§. 522.), die donationes mortis causa aber nicht. d) Der donatarius m. c. muß nur zur Zeit, **wo der Schenker stirbt**, fähig seyn, ein solches Geschenk zu erwerben, ein Erbe und legatarius hingegen müssen **zur Zeit der Testamentserrichtung**, und **zur Zeit des Absterbens** fähig seyn, etwas aus einem letzten Willen zu erhalten (§. 482.) (*9).

(1) Ulpian sagt, in der L. 7. §. ult. de donat. ausdrücklich: qui habent castrense peculium, vel quasi castrense, in ea conditione sunt, ut donare, et mortis causa et non mortis causa possint, cum testamentifactionem habeant. Ein Taubstummer kann Verträge schließen, aber doch nicht mortis causa schenken, L. 10. C. qui testam. fac. poss. (VI. 22.). Wahr ist es, daß Marcian

cian in der L. 25. D. de m. c. don. sagt: tam is, qui testamentum facit, quam qui non facit, mortis causa donare potest. Filius familias, qui non potest facere testamentum, nec voluntate patris, tamen mortis causa donare patre permittente potest. Allein er will offenbar weiter nichts damit sagen, als: es giebt Personen, die nicht testiren, und doch m. c. schenken können, nemlich die filii familias. S. *Voorda* interpret. lib. 3 cap. 19. Uebrigens behaupten Andere, z. E. *Lauterbach* diss. cit. th. 21. 22 *Cocceii* iur. controv. tit. de m. c. don. qu. 2. daß die testamentifactio nicht erforderlich sey, um m. c. schenken zu können.

(2) Die Ursache, warum filii familias nicht einmal mit des Vaters Erlaubniß testiren können, ist ganz allein diese, weil die zwölf Tafelgesetze sagten: *pater familias* ut legassit etc. Da es aber unvernünftig wäre, einem filio familias die m. c. Donation zu verbieten, wenn sein Vater nichts dagegen hat: so zog man das Gesetz auf dergleichen Schenkungen nicht. Bey den andern Personen, welchen die Testamentserrichtung verboten ist, treten andere Ursachen ein, und zwar solche, die eben sowohl auf die donationes m. c. als auf die Testamente passen. Da übrigens ein filius familias nicht anders als mit der Einwilligung des Vaters von Todes wegen schenken kann, so fragt es sich, ob der Vater eine solche mit seiner Bewilligung geschehene Schenkung widerrufen könne? S. *Vinn.* ad pr. I. quib. non est permiss. n. 3.

(3) Dieß hat zuerst Justinian in der L. fin. C. de don. m. c. vorgeschrieben. Da diese Verordnung merkwürdig ist, so setze ich sie her: cum de mortis causa donatione dubitabatur, et alii quidem inter ultimas voluntates, alii autem inter donationes, quae inter vivos consistunt, eam posuerunt; dubietate eorum explosa, sancimus omnes mortis causa donationes, sive iuxta mortem facientis fuerint celebratae, sive longiore cogitatione mortis subsecutae sint, actis minime indigere, neque expectare publicarum personarum praesentiam, et ea, quae super huiusmodi monumentis solent adhiberi; sed ita res procedat, ut si quinque testibus praesentibus, vel inscriptis, vel sine literarum suppositione aliquis voluerit mortis causa donationem facere, et sine monumentorum accessione, res gesta maneat firmitate vallata, et nullam in ea calumniam accipiat — et omnes effectus sortiatur, quos ultimae habent liberalitates, neque ex quacunque parte absimilis eis intelligatur. Daß auch bey uns fünf Zeugen zu dieser Schenkung erforderlich sind, zeigt *Pufendorf* tom. 4. obs. 260. Doch gilt eine gerichtliche donatio m. c. ohne Zeugen. *Bauer* opusc. Tom. 1. pag. 289.

(4) *Cocceii* in iur. controv. tit. de mort. caus. donat. qu. 4.

(5) *Idem* l. c. qu. 5. *Lauterb.* l. c. thes. 19.

(*) §. 1. I. h. t. ibique *Vinnius* comment. n. 1.

(6) Marcellus L. 38 D. de m. c. don. sagt: mortis causa donatur, quod praesens praesenti dat., und Papinian L. 75. L. 77. §. 26. de legat. II. läßt die nicht acceptirte donationem m. c. nur als ein Fideicommiß gelten. Wenn keine Acceptation bey dieser Art Schenkungen erforderlich wäre, so ist gar nicht abzusehen, wie die Classiker sie hätten unter die Verträge rechnen können (§. 409. Not. 2.). Daß Justinian durch die L. ult. C. de don. m. c. (VIII. 57.) den wesentlichen Unterschied zwischen der don. m. c. und einem reinen letzten Willen habe aufheben wollen, erhellet aus seiner Verordnung nicht. Man

s. *Voorda* l. c. *Bauer* l. c. p. 286. *Müller* ad *Leyser* obs. 697. Der entgegengesetzten Meynung sind *Ludewig* diss. cit. differ. 3. *Io. Tob. Richter* diss. de acceptatione in donat. m. c. non necessaria, Lips. 1744. Meditationen, über Rechtsmaterien, 7. Band, 370. Medit. *Püttmann* pr. de m. c. d. absente licet et ignorante donatario facta iure valida. Lips. 1787. in eiusd. miscellan. c. 26. (beruft sich vorzüglich auf L. 4. C. de donat. m. c. und §. 1. l. h. t. Vergl dagegen *A. G. Blankmeister* vindic. commun. opin. de accept. in d. m. c. necessaria. Vitemb 1798. W.

(7) Cit L. 75. L. 77. §. 26. D. de legat. II. *Schilter* Ex. 43. th. 32. *Hommel* Rapsod. Obs. 436.

(8) Ob durch dergleichen Vertrag die donat. mortis causa ihre Natur völlig verliere, und zu einer donatione inter vivos werde, ist sehr bestritten. Ich halte es nicht dafür. Man s. *Hunn.* resolut. lib. 2. tract. 4. qu. 2. *Brauchu* observat. dec. I. cap. 4. Wenn ich etwas in Rücksicht auf meinen Tod verschenke und dabey erkläre, daß die Schenkung in keinem Falle ungültig werden solle, so wäre es freylich keine donatio m. c. mehr. Man s. von dieser Frage *Textor* diss. de don. m. c. per clausulam annexam irrevocabili, in collect. diss. n. 22. *Vinn.* quaest. sel lib. 2. cap. 34. *Bauer* progr. de forma donat. m. c. in opusc. Tom. 1. p. 283. sqq. *Cramer* Obs. 195. und Nebenst. p. 62. n. 4. und von ihrem practischen Nutzen *Christ. Henr. Stryk* diss. interesse controvers. iur. cap. 5. §. 27.

(9) *Vinn.* h. t. §. 1. n. 3.

§. 415. Klagen des donatarii.

Die Klagen, welche ein donatarius inter vivos anstellen kann, sind 1) *actio ex stipulatu.* Diese hatte in dem Falle Statt, wenn die Schenkung durch feyerliche Worte (per stipulationem) geschehen war. 1) *Condictio ex L. 35. §. ult. Cod. de donat.* Sie wird angestellt, wenn die Schenkung mit gemeinen Worten ohne Stipulation erklärt worden ist. Ein donatarius mortis causa kann dieselben Klagen anstellen, die einem legatario zustehen. Diese sind, wie wir unten (§. 585.) hören werden, *rei vindicatio*, *actio hypothecaria* und *actio personalis ex testamento* (*[1]).

(1) Diese letztere Klage kann indessen der donatarius nur in den Fällen anstellen, wenn die Schenkung im Testament angeführt ist. S. vorzüglich *Voorda* l. c. interpret. III. 19. p. 326. sqq.

§. 416. Von der donatione propter nuptias.

Eine besondere Gattung der Schenkung ist *donatio propter nuptias.* Der Ehemann, oder jemand anders in dessen Namen, macht sie der Ehefrau, daß sie davon im Fall der Noth während der Ehe mit dem Manne und der Familie leben, auch in gewissen Fällen die geschenkte Sache nach der Trennung der Ehe behalten soll. Nemlich als in Rom der Luxus sehr einriß, und dadurch viele Familien ruinirt wurden, so suchten sich die Eheweiber durch donationes propter nuptias zu helfen. Der Ehemann setzte der Frau eine Sache, z. E. ein liegendes Gut aus. Diese Sache administrirte er zwar, er konnte sie aber

nicht verpfänden und nicht veräussern. Wenn er also verarmte, so genoß die Frau die Einkünfte der Sache, und konnte sich, den Mann und die Kinder zur Noth davon ernähren. Wurde die Ehe getrennt, so fiel die Sache an den Mann oder dessen Erben zurück; ausgenommen a) wenn in den Ehepacten festgesetzt war, daß die Frau sie behalten sollte; b) wenn Kinder in der Ehe erzeugt worden, und noch am Leben waren; c) wenn eine Ehescheidung geschah, woran der Ehemann schuld war. Wenigstens ist dieß die Vorstellungsart, die ich für die richtigste halte, und welche die angeführten Schriftsteller mit G. unden unterstützen (*1). Heutigestages ist die Römische donatio propter nuptias nicht mehr gebräuchlich (*2).

(1) *Iac. Rave* de vera indole donat. propter nupt. rom. Ienae 1762. *Pufendorf* observ. iur. II. 39. Auch ist zu empfehlen *Car. Lud. Guil. Grolmann* diss. de donatione p. n. Giss. 1795. und *C. F. I. Schorch* iurium donat. propt. nupt. rom. historice delineatorum partic. I. II. III Erford 1787. — 1799.

(2) *Schilter* Ex. 36. th. 76. *Thomasius* in not. h. t. *Christ. Gottfr. Hoffmann* Diss. de diff. iur. rom. et germanici in doctr. de donat. p. n. §. 6.

TIT. VIII.

QUIBUS ALIENARE LICET, VEL NON.

§. 417. Inhalt des gegenwärtigen Titels.

Das Eigenthum ist ein Recht, über eine Sache nach Gefallen zu disponiren (§. 287.) Der Eigenthümer ist also auch befugt, seine Sache einem Andern zu überlassen, oder kurz, sie zu veräussern (*1). Wer hingegen nicht Eigenthümer der Sache ist, kann auch keinen Andern zum Eigenthümer machen; kurz, er kann die Sache nicht veräussern. Indessen giebt es a) Fälle, wo der Eigenthümer nicht veräussern kann; b) Fälle, wo einer, welcher nicht Eigenthümer ist, doch befugt ist, die Sache zu alieniren. Diese beyden paradox klingenden Sätze, wie sie Theophilus in seiner Paraphrase nennt (§. 8.), werden im gegenwärtigen Titel vorgetragen.

(1) Veräussern, *alienare*, heißt einem Recht, es sey nun in re oder ad rem, zum Vortheil eines Andern entsagen. Zuweilen wird die Verpfändung auch eine alienatio genannt, weil sie ein Schritt zur Veräusserung ist. In eigentlichem Verstande aber heißt die Veräusserung eine Handlung, wodurch man das Eigenthum einer Sache auf einen Andern überträgt. L. 1. C. de fundo dot. (V. 23.).

§. 418. Von der Veräusserung der Brautgabe.

Der erste Fall, wo der Eigenthümer nicht veräussern kann, findet sich bey der Brautgabe (S. die 26. Tabelle). Wenn nemlich eine Frau ihrem Manne einen Brautschatz zubringt, und die Frage entsteht: was für Rechte der Mann darauf habe? so unterscheide man folgende Fälle: 1) der Brautschatz besteht in beweglichen Dingen, Geld, Hausrath, Kleidung u. d. gl.

oder einer Quantität, z. B. in Capitalien. In diesem Falle ist der Mann völliger Eigenthumsherr, und kann darüber nach Gefallen disponiren da die Gesetze ihn hier nicht einschränken (*1). 2) Die Brautgabe besteht in unbeweglichen Gütern, Haus, Aeckern, Wiesen, und d. gl. — überhaupt fundus dotalis. — Jetzt muß man distinguiren: entweder a) sind diese Dinge zu einem gewissen Preis angeschlagen, oder b) nicht (*2). Wenn das erste ist, so sind sie entweder dem Manne für den gesetzten Preis verkauft (aestimatio facta est venditionis causa), so, daß es von ihm abhängt, was er will, die Sache selbst oder den Preis zurückzugeben (*3); oder die Sache wird nur zu dem Ende angeschlagen, daß man dereinst, wo es nöthig ist, den jezigen wahren Werth wissen könne (aestimatio facta est taxationis causa). Wenn die Dotalsache dem Manne für einen gewissen Preis verkauft worden ist, so ist er ebenfalls völliger Eigenthumsherr, und kann darüber nach Belieben verfügen (*4). Ist hingegen die Sache gar nicht angeschlagen worden, oder die Aestimation ist nur taxationis causa geschehen: so ist der Ehemann nur ein unvollkommener Eigenthumsherr, er zieht alle Nutzungen des Brautschatzes; kann ihn aber der Regel nach weder verpfänden noch veräussern (*5).

Schon lex Iulia de adulteriis verordnete, der Mann sollte ein Grundstück in Italien nicht gegen den Willen der Frau veräußern, auch nicht einmal mit ihrer Einwilligung verpfänden; also a) ein Gut in den Provinzen konnte er veräußern und verpfänden; b) die Veräußerung galt, wenn die Frau consentirte; in die Verpfändung hingegen konnte sie nicht gültig willigen. Der Gesetzgeber glaubte, es sey leicht eine Ehefrau zum Consens in die Verpfändung zu bereden, aber nicht so leicht zur Bewilligung der Veräußerung. c) Nach Justinians Verordnung aber darf der Mann kein Dotalgrundstück, es liege, wo es wolle, die Ehefrau consentire oder nicht, weder veräußern, noch verpfänden, wenn es ihm (wie ich vorhin sagte) nicht entweder a) für einen gewissen Preis verkauft, oder b) die Alienation nothwendig, oder c) der Ehefrau nützlich ist. Wenn also die Frau mit den Kindern Hunger leidet, und kein anderes Rettungsmittel vorhanden ist; so kann ein Dotalgrundstück alienirt werden. Auch ist die Alienation gültig, wenn sie nützlich ist, wenn z. E. der Kaufschilling zum Ankauf eines einträglicheren Grundstücks verwendet wird (*6).

(1) Man sehe auch L. 1. C. de servo pign. dato manum. (VII. 8.). Ein Irrthum ist es, wenn Einige diesen Satz auf solche Dinge einschränken wollen, die sich nicht aufbehalten lassen, ohne zu verderben. *Vinn.* ad pr. h. t. n. 1. *Cocceii* iur. controv. tit. de fund. dot. Qu. 1. Auch muß man nicht vergessen, daß, wenn gleich der Ehemann in diesem Falle ein volles Eigenthumsrecht hat; es doch widerruflich ist, und daß daher, wenn der Mann eine solche

Sache veräussert, und in Concurs fällt, die Frau ihre Sachen vindiciren kann. (§. 289.). *Vinn.* l. c. *Lud. Mencken* diss. de rebus exstantibus uxorum a concursu creditorum separandis, th. 26.

(2) Der Anschlag der Dotalstücke hat für den Ehemann die sehr nachtheilige Wirkung, daß er den Schaden, welchen die Sachen durch den Gebrauch oder auf andere Art leiden, ersetzen muß. Aestimatae res, usu etiam mulieris, periculo viri deteriores efficiuntur, sagt Hermogenian L. 51. solut. matrim. *Finestres* ad Hermogenian. p. 522. sqq.

(3) Dieses aber wird im Zweifel nicht vermuthet, wie Strube in s. rechtl. Bed. 2. Band 83. Bed. gegen Huber zeigt.

(4) Auch diese Sachen kann die Frau, wenn sie der Mann veräussert, und einen Concurs macht, vindiciren. *Mencken* l. c. th. 25.

(5) Eine berühmte und äusserst streitige Frage ist: wem das Eigenthum der Brautgabe zustehe, ob dem Manne oder der Frau? *Rebhan* in paralipom. Meier. p. 165. sagt davon, tot. paene sunt opiniones quot capita. In vielen Gesetzstellen wird dem Manne, in vielen andern der Frau das Eigenthum zugeschrieben. So sagt z. E. Ulpian L. 13. §. 2. D. de fund. dot.: Dotale praedium sic accipimus, cum dominium marito quaesitum est; und Justinian pr. I. h. t. accidit aliquando, ut qui dominus rei sit, alienare non possit. Nam dotale praedium maritus invita muliere prohibetur alienare. Dagegen sagt Tryphoninus L. 75. D. de iur. dot. quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen esse intelligitur, und Justinian L. 30. c. de iur. dot. (V. 12.): die Frau könne die res dotales vindiciren, cum eaedem res et ab initio uxoris fuerint, et naturaliter in eius permanserint dominio; und dieser widersprechenden Stellen sind noch mehrere. Die natürlichste Vereinigung scheint mir diese: da der Mann entweder nur ein unvollkommenes, oder wenn es auch vollkommen ist, doch nur ein widerrufliches Eigenthumsrecht hat; so kann man beyden Ehegatten in gewissem Verstande das Eigenthum zuschreiben. Der Mann, sagt man insgemein, hat das dominium *civile*, die Frau behält das *naturale*. Man s. *Vinn.* ad d. pr. I. n. 2. *Huber* digress. lib. 4. cap. 9. *Rebhan* l. c. *Finestres* de iure dot. lib. 4. n. 1. sqq.

(6) Nach der Praxis soll sie auch gültig seyn, wenn sie durch ein obrigkeitliches Decret verstattet worden ist. *Claproth* iurisprud. extraiud. §. 180. Einige gehen so weit, daß sie nach deutschen Rechten jede vom Manne mit Einwilligung der Frau geschehene Veräusserung der Dotalgüter für gültig erklären. Dieß läßt sich aber mit Grund nicht behaupten. *Wernher* Part. 8. Obs. 437. Ob die Veräusserung gültig werde, wenn die Frau nach zwey Jahren ihren Consens wiederholt erklärt, davon s. man unten §. 848. Eine bestrittene Frage ist, ob der Mann die Paraphernalgüter der Frau mit ihrer Einwilligung veräussern könne. Daß die Veräusserung gültig ist, wenn sie nothwendig oder der Ehefrau nützlich war, ist ausser Zweifel. Allein wie wenn das nicht ist? Viele halten alsdann die Veräusserung für ungültig. Man s. *Cothmann* respons. Vol. 2. resp 94. *Mev.* ad ius Lubecens. lib. 1. tit. 5. art. 9. n. 51. *Stryk* diss. de iure mariti in bon. uxor. cap. 3. n. 17. Opp. tom. 5 pag. 545. Andere z. E. *Lauterbach* coll. tit. de fund. dot. §. 7. *Boehmer* iur. dig. eod. tit. §. 4. *Wernher* Part. 8. obs. 436. *Mich. Godofr. Wernher* ad *Boehmer.*

p 379. halten sie für gültig. Jene berufen sich darauf, daß die Alienation der Dotalgüter verboten sey, ne uxor fragilitate naturae suae in repentinam deducatur inopiam, wie Justinian pr. I. h. t. und L. un. §. 15. C. de rei ux. act. (V. 14) sagt, und daß dieser Grund auch bey den Paraphernalgütern anschlage; daß der Mann durch Schmeicheleyen oder Drohungen die Einwilligung der Frau leicht erhalten könne, und daß diese Einwilligung eine Schenkung enthalte. Es läßt sich aber noch manches gegen diese Gründe einwenden.

§. 419. Veräusserung der Güter, welche Minderjährigen gehören.

Der zweyte Fall, wo ein Eigenthümer nicht veräußern kann, kommt bey den **Pupillen und Minderjährigen** vor. Diese sind nemlich Eigenthümer ihres Vermögens; indessen können sie nichts alieniren, weil sie die freye Verwaltung ihres Vermögens nicht haben. Daraus folgt: 1) sie können kein Darlehen geben; 2) sie können keine Zahlung annehmen; 3) sie sind auch nicht befugt Zahlung zu leisten. Wir wollen diese Sätze nach der Reihe überlegen.

Also der erste war: **Ein Pupill und Minderjähriger ist nicht befugt, ein Darlehen vom Seinigen zu geben**, z. E. Geld auszuleihen. Denn wer ein Darlehen giebt, der veräußert etwas, was wir unten (§. 766.) sehen werden. Gesetzt aber, ein solcher giebt dennoch ein Darlehen, was ist alsdann Rechtens? Man distinguire, entweder ist die dargeliehene Sache noch vorhanden, oder sie ist consumirt (*1). Im ersten Falle vindicirt sie der Vormund von jedem Besitzer; im zweyten stellt er eine Personalklage gegen den Empfänger an, daß er eine Sache von gleicher Qualität und Quantität zurückgeben soll (*2).

Der zweyte Satz hieß: **einem Pupillen und Minderjährigen darf man nichts bezahlen**; denn wer sich bezahlen läßt, verliert seinen Anspruch, er alienirt also. Dazu kommt, daß zu befürchten ist, der Pupill und Minderjährige werden das, was ihnen bezahlt wird, übel anwenden, verschwenden, verlieren u. s. w. (*3). Wenn ich also dergleichen Personen zu bezahlen habe, und bezahle a) ihnen allein, ohne den Vormund; so ist die Zahlung ganz nichtig, und ich muß zum Zweytenmal bezahlen, wofern der Minderjährige das Gezahlte verschwendet. Wenn ich aber auch b) mit Vorwissen des Vormundes zahle, so bin ich noch nicht vollkommen sicher. Die Zahlung ist zwar ipso iure gültig; wenn aber der Vormund das Bezahlte nicht zum Besten des Pflegbefohlnen verwendet, so kann der Pflegbefohlne in integrum restituiren lassen, und ich muß noch einmal zahlen (*4). Will man also ganz sicher gehen, so muß man c) sich von der Obrigkeit einen Zahlungsbefehl geben lassen, und nun dem Vormund zahlen. Denn in diesem Falle ist man vollkommen gesichert (debitor plenissime liberatus est) (*5). Zinsen kann man dem Vormund allein anvertrauen, ohne obrigkeitlichen Zahlungsbefehl, wenn sie

nicht von mehr als zwey Jahren rückständig sind, und die Summe von 100 solidis (§. 413.) nicht übersteigen (*⁹).

Der dritte Satz endlich war: ein Pupill und Minderjähriger kann nichts bezahlen. Zahlt er etwas, das er nicht schuldig war, so stellt der Vormund rei vindicationem oder condictionem indebiti an; rei vindicationem, wenn die Sache noch vorhanden; condictionem indebiti, wenn sie consumirt ist. Zahlt hingegen der Minorenne oder Pupill etwas, das er zu zahlen schuldig war, und es ist consumirt, so findet keine Klage Statt. Ist es noch vorhanden, so kann eine Rei-Vindication angestellt werden, wenn anders der Pupill oder Minderjährige einen Vortheil dabey hat; z. E. weil das Geld vor dem Termin bezahlt worden ist, an dem es der Pupill zu zahlen schuldig war. (S. die Tabelle zu diesem Abschnitt.)

(1) Die dargeliehene Sache ist consumirt, 1) wenn sie verzehrt, z. E. der geliehene Wein getrunken, das geliehene Geld ausgegeben ist. 2) Wenn sie in eine andere Gestalt gebracht ist, und zwar so, daß man sie nicht wieder in die alte Form bringen kann. 3) Wenn sie der Empfänger mit seiner Sache vermischt hat. *Vinn.* ad § 2. h. t n. 2.

(2) Ist die Consumtion bona fide geschehen, das heißt, der Schuldner hat das Darlehen genommen, ohne zu wissen, daß der Gläubiger noch minorenn sey: so hat condictio sine causa Statt, nicht condictio ex mutuo, wie es insgemein heißt. Man s. *Rittershus.* h. t. §. 218. Hat hingegen der Schuldner die geliehene Sache mala fide consumiret, so kann er nicht allein condictione sine causa, sondern auch actione ad exhibendum belangt werden. Diese letzte Klage ist dem Kläger vortheilhafter, als die erste; denn bey der letzten hat das iuramentum in litem Statt, das heißt, der Kläger ist befugt, allen erlittenen Schaden eidlich zu taxiren.

(3) Dunkel ist die hieher gehörige Stelle im Text §. 3. At ex contrario omnes res pupillo et pupillae sine tutoris auctoritate recte dari possunt *Ideoque* si debitor pupillo solvat, necessaria est debitori tutoris auctoritas. (Der zweyte Satz folgt nicht aus dem ersten, sondern ist vielmehr eine Ausnahme desselben. Man muß also statt *ideoque* lesen *alioqui*). Sed hoc etiam evidentissima ratione statutum est in constitutione, quam — promulgavimus, qua dispositum est, *ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem* solvere, ut prius iudicialis sententia, *sine omni damno celebrata*, hoc permittat. Einem Schuldner des Pupillen ist erlaubt, dem Tutor oder Curator zu bezahlen, wenn er durch einen obrigkeitlichen Befehl, wofür keine Sporteln bezahlt werden sollen, dazu angewiesen wird. Anders emendirt und erklärt diese Stelle *I. H. Boehmer* diss. de testament. mulier. Ex. ad P. Tom 4. p 860.

(4) Dieser Satz ist ausser Zweifel, wenn der Vormund sich eine Nachläßigkeit zu Schulden kommen läßt, aber bestritten, wenn das Geld durch einen Unglücksfall verlohren geht. Strube rechtliches Bed. 3 Th. 117. S.

(5) *Born* diss. de solutione pupillis ac minoribus, et ab iis tuto facienda in collect. diss. n. 2.

(6) Nach dem Rechte der Pandecten konnte man dem Pupillen und Minderjährigen, wenn ihr tutor oder curator einwilligte, deßgleichen dem tutor und

curator allein sicher zahlen, L. 46. §. 5. 7. D. de administr. et peric. tut. L. 14. §. 1. D. solut. Justinian aber verordnete in der L. 25. C de administr. tut. (V. 37.). vergl. §. 2. I. h. t. man solle sich ein obrigkeitliches Zahlungsdecret geben lassen, und dadurch erst volle Sicherheit (plenissimam securitatem), erhalten. Nur Zahlungen ex reditibus vel pensionibus sollten ohne Decret sicher geschehen können. In der L. 27. C. eod. dehnte er dieß auf die Zinsen aus, doch nur auf solche, quae biennalem metam et centum solidorum quantitatem non excedunt. (*Anton Faber* coniectur. iur. civ. XVII. 13. Errorib. Pragmat. XXV. 10. Iurisprud. Papin. XII. 7. 43 sucht cit. L 25. C. u. §. 2. I. h. t. nur von solchen Zahlungen zu erklären, welche dem Pupillen selbst oder dem Minderjährigen zu einer Zeit geschehen, wo noch kein Vormund bestellt worden ist. Dieß hat auch weiter ausgeführt J. J. Prehn. Beantwort. der Frage: Kann ein Schuldner Pupillen- und Kindergelder ohne Decret an den Vormund oder Vater zahlen? Rostock 1800. Doch scheinen die Worte des Gesetzes die gedachte Erklärung nicht zu begünstigen. W.) — Ob aber diese Verordnungen in Deutschland angenommen sind, ist sehr bestritten *Lupin* diss. de debitore pecunias pupillares tuto solvente (Altorff 1742.) §. 8. sqq. führt die verschiedenen Meynungen an. Seine eigene gehet dahin, daß sie, einige Fälle ausgenommen (die aber keine wahren Ausnahmen sind), nicht angenommen seyen. Hingegen *Iac. Henr. Balecke* diss de solutione pecuniae pupillaris (Rost. 1756.) §. 25. vertheidigt ihre Gültigkeit. vergl. jedoch Prehn l. c.. So viel ist gewiß, daß die Verordnungen ganz zwecklos sind. Denn wenn der Vormund das Geld übel anwenden will, so kann ihn das Zahlungsdecret nicht abhalten. Die Auswürkung dieses Decrets macht also nur unnöthige Kosten und Weitläuftigkeiten.

§. 420. Von der Veräusserung des Pfandes.

Zuweilen ist jemand nicht Eigenthümer, und kann doch veräußern. Dahin gehört 1) der Pfandgläubiger. Wenn ich einem eine Sache verpfände: so ist meine Absicht, ihm Sicherheit wegen seiner Forderung an mich zu geben. Er ist daher, im Fall, daß ich nicht zu rechter Zeit zahle (in mora bin, wie die Juristen reden), befugt, das Pfand theils gerichtlich zum Verkauf zu bringen, theils aber selbst außergerichtlich zu veräußern. Die Gesetze erlauben ihm das letztere, doch sind dabey folgende Regeln zu bemerken (*).

1) Wenn ausdrücklich ausgemacht ist, daß der Gläubiger bey unterbleibender Zahlung das Pfand soll verkaufen können, so kann er zu diesem Verkauf schreiten, sobald der Zahlungstermin verstrichen ist, ohne vorher es dem Schuldner zu denunciiren. Denunciiren nemlich heißt hier, dem Schuldner bekannt machen, daß er bezahlen solle, widrigenfalls man das Pfand verkaufen werde. Dieß ist wenigstens die richtigste Meynung (*1); wiewohl Vinnius (*2) glaubt, daß man auch in diesem Fall dem Schuldner den vorhabenden Verkauf des Pfandes bekannt machen müsse.

2) Wenn ausgemacht wäre, daß der Gläubiger das Pfand nicht solle verkaufen, so gilt zwar dieser Vertrag nicht nach dem Buchstaben, denn

denn er ist dem Wesen des Pfandrechts entgegen (*3). Er hat aber doch die Wirkung, daß der Gläubiger nicht eher zum Verkauf des Pfandes schreiten darf, als bis er es dem Schuldner dreymal denunciiret hat. Diese drey Denunciationen dürfen auch nicht zu kurz auf einander folgen, sondern es muß zwischen der einen und der andern ein, nach dem Ermessen des Richters, hinlänglicher Zeitraum verstreichen (*4).

3) Wenn gar nichts über den Verkauf des Pfandes ausgemacht ist, so muß der Gläubiger dem Schuldner den Verkauf denunciiren. Löset nun der Schuldner das Pfand nicht ein, so kann der Gläubiger es verkaufen. Viele Juristen (*5) behaupten zwar, der Gläubiger müsse, nach der Denunciation noch zwey Jahre warten, ehe er den Verkauf des Pfandes vornehmen dürfe. Allein dieser Satz ist noch zweifelhaft (*6), und in der Praxis wird er gar nicht befolgt (*7). In allen Fällen übrigens, wo der Gläubiger ein Pfand verkauft, muß er es öffentlich und *bona fide* thun. Oeffentlich; der Gläubiger nemlich muß das Pfand durch einen öffentlichen Anschlag, Ausruf, Intelligenzblatt u. d. gl. feilbieten lassen (proscribere pignus). Bona fide, das heißt, er darf das Pfand nicht selbst kaufen; auch muß er es um einen billigen Preis verkaufen, es nicht wegschländern. Allein gesetzt, er findet niemand, der ein billiges Gebot darauf thut. In diesem Falle soll nach den Römischen Gesetzen a) die Denunciation wiederholt, oder ein gerichtlicher Zahlungsbefehl gesucht werden. b) Der Gläubiger soll sich unmittelbar an den Landesherrn wenden; c) dieser spricht dem Gläubiger das Pfand gegen einen festgesetzten billigen Preis (pro pretio taxato) eigenthümlich zu; doch behält d) der Schuldner die Erlaubniß, es binnen zwey Jahren einzulösen. Heutiges Tages ist diese impetratio dominii a Principe gar nicht gewöhnlich. Wenn der Gläubiger das Pfand nicht anbringen kann, so läßt er es gerichtlich taxiren und sich zuschlagen (*8).

Das pactum de alienando pignore darf übrigens nicht mit dem pacto commissorio verwirrt werden. Jenes ist erlaubt, weil es dem Gläubiger ein Recht giebt, welches ohnehinschon aus der Natur des Pfandcontractes fließt. Der Schuldner leidet auch insoweit keinen Schaden durch diesen Vertrag, da der Gläubiger, wenn das Pfand verkauft wird, vom Kaufschilling seine Forderung abzieht, und den Rest an den Schuldner zurückzahlt. Das pactum commissorium oder lex commissoria hingegen ist hier der Vertrag, wodurch festgesetzt wird: das Pfand solle verfallen seyn, wenn der Schuldner nicht zur gesetzten Zeit zahle (*9). Dieses pactum ist verboten (*10), weil der Schuldner großen Schaden dadurch leiden kann, da das Pfand gewöhnlich mehr werth ist, als die Schuld beträgt.

(*) *Franc. Rygerbos* de progressu iuris circa distrahendi pignoris conventio-

nalis facultatem; in *eiusd.* observat. iur. Rom. c. 15 rc. vergl. *Erxleben* de pignorib. §. 22 rc. Von dem gerichtlichen Verkauf nach vorgängiger Klage des Gläubigers. vid. L. 15. L. 31. D. de re iud. Tit. Cod. si in causa iudic. pign. capt. (VIII. 23.) und de execut rei iud. (VII. 53) W.

(1) *H. Pistor.* lib. 3. quaest. 18. n. 2. *Franzk.* ad Pand. tit. de distract. pign. n. 26. *Lauterbach* coll. th. pr. eod tit. §. 6. Wie aber, wenn blos die Zahlungszeit bestimmt ist, und der Schuldner sie nicht einhält, ist alsdann keine Denunciation erforderlich? *Bachov* de pignor. lib. 3. cap. 23. n. 7. *Vinn.* ad §. 1. h. t. n. 2. erfordern solche in diesem Fall, und, wie ich glaube, mit Grund. Das Gegentheil behaupten *Faber* rational. ad L. 24. §. 2. D. de pignor. act. *Erxleben* princip. de pignor. p. 139. — wobey aber die interpellatio solutionis faciendae, welche den Schuldner in mora setzt, und freylich in solchem Falle nicht nöthig ist, mit der Ankündigung des Verkaufs - denunciatio distractionis - vermischt wird. W.

(2) *Vinn.* ad §. 1. h. t. n. 1.

(3) Einige, z. E. *Herm. Cannegieter* obs. iur. rom. lib. 2. cap. 7. p. 69. sqq. glauben, daß in diesem Fall das Pfand gar nicht verkauft werden dürfe; ihre Gründe aber überzeugen mich nicht, und L. 4. D. de pignorata act. ist zu klar. S. auch *Oroz.* tr. de apicibus iuris lib. 2. cap. 5. u. *Püttmann* opusc. p. 109. sqq.

(4) *Vinn.* l. c. Coll. iur. Argentorat. tit. de distract. pign. th. 2. num. II. *Donellus* de pign. cap. 12. p. 144. *Franzk.* ad Pand. dict. tit. n. 49.

(5) Z. E. *Bachov* l. c. lib. 3. cap. 23. n 5. *Erxleben* l. c. p. 143.

(6) *Donellus* l. c. cap. 12. p. 346. *Voet.* ad Pand. tit. de distr. pign. §. 1. *Stryk* in us. mod. eod. tit. §. 17.

(7) So sagen wenigstens *Brunnemann* ad L. ult. Cod. de iur. dom. impr., *Hopp* ad §. 1. I. h. t. *Stryk* l. c.

(8) *Mev.* P. 7. d. 310. *Hofacker* princ. iur. Rom. germ. §. 1193.

(9) Oder auch: der Gläubiger soll bey ausbleibender Zahlung die Sache für einen gewissen, schon im voraus bestimmten Preis, käuflich behalten; oder endlich: die Sache solle im Fall der unterbleibenden Zahlung für einen durch ordentliche Taxe alsdann erst zu bestimmenden Werth dem Gläubiger eigenthümlich verbleiben. Diese Verabredung erklärt zwar L. 16. §. ult. D. de pignorib. für gültig, allein L. ult. C. de pact. pign. (VIII. 35.) ist entgegen. Adolph Dietr. Webers Erörterung der Frage: wie weit erstreckt sich bey Verpfändung das Verbot der legis commissoriae? in den Versuchen über das Criminalrecht rc. No. 5.

(10) Vor Constantin M. war es erlaubt. Erst dieser Kaiser verbot es in cit. L. ult. C. in allen seinen Formen.

§. 421. Fälle, worinnen der Vormund alieniren kann.

Auch der Vormund ist nicht Eigenthümer von dem Vermögen des Pupillen oder Minderjährigen, und doch kann er etwas davon veräussern. Nemlich 1) ist der Vormund zur Veräusserung befugt, wenn sie der Vater des Pflegbefohlnen verordnet hat (*1). Z. E. der Vater sagt im Testament: mein Garten, weil er wenig einträgt, und viel zu unterhalten kostet, soll nach meinem Tode verkauft, und der Kaufschilling an einträglichere Grundstücke ange-

legt werden. In diesem Fall ist der Vormund für sich allein befugt, den Garten zu verkaufen. 2) Wenn eine Rechtsnothwendigkeit (necessitas iuris) der Veräusserung vorhanden ist: in gewissen Fällen nämlich nöthigen einen die Gesetze zur Alienation; z. E. wenn ein Pupill ein Haus besitzt, welches der vorige Eigenthümer ihm oder seinen Vorfahren nur wiederkäuflich überlassen hat, und jener Eigenthümer nun den Wiederkauf ausüben will: so ist (necessitas iuris zur Veräusserung vorhanden; der Vormund ist also befugt dazu. Etwas ganz anderes ist necessitas *facti*, wenn die Güter Schulden halber verkauft werden müssen. Diese Noth berechtiget den Vormund nicht zur eigenmächtigen Veräusserung. 3) Die Sachen, die sich nicht aufbewahren lassen, ohne zu verderben (res, quae servando servari non possunt), Obst, Butter, Bier, u. d. gl. kann der Vormund veräussern. In allen andern Fällen aber 4) kann derselbe zu keiner Alienation schreiten, ohne die Obrigkeit (*2). Wenn diese a) eine Untersuchung angestellt, die Alienation b) nöthig gefunden, und c) durch ein Decret erlaubt hat: so ist sie gültig, ausserdem nicht. S. oben §. 204. (3) (*3).

(1) Vorausgesetzt, daß von Sachen die Rede ist, welche der Vater selbst hätte veräussern können.

(2) Der deutsche Gerichtsbrauch gestattet indessen dem Vormund bey beweglichen Sachen, wenn sie sich auch aufbehalten lassen, doch mehr Freyheit im Veräussern, als ihm das Römische Recht giebt. *Claproth* iurisprud. heuremat. p. 158. not. i. vergl. R. Pol. Ordn. v. 1517 Tit. 32. §. 3.

(3) Die classische Stelle ist L. 1. D. de reb. eor qui sub tut. vel cura sunt. (vergl. jedoch L. 22. C. de administr tutor. (V. 37.) L. 4. c. Quando decreto opus non est. (V. 72.) *C. G. Haubold* histor. iur. civ. Rom. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt, non alienandis. Lips. 1798.)

TIT. IX.

PER QUAS PERSONAS CUIQUE ACQUIRITUR.

§. 422. Durch wen kann man erwerben?

Ein Mensch kann nach der Regel des Römischen Rechts auf dreyerley Art was erwerben: 1) durch sich selbst, 2) durch seine Sklaven, und 3) durch die Kinder, die in seiner väterlichen Gewalt sind (*1). Von den beyden letzten Arten zu acquiriren handelt der gegenwärtige Titel.

(1) Auch durch seine Ehefrau (§. 128.).

§. 423. Von der Erwerbung durch Sklaven.

Also die erste Erwerbung, von der wir zu reden haben, geschiehet durch Sklaven. Ein Sklave konnte nichts eigenes haben; alles, was er erwarb, gehörte dem Herrn; doch mit dem Unterschied, daß er a) das Eigenthum einer Sache dem Herrn auch ohne dessen Wissen und Willen acquirirte; vor-

ausgesetzt, daß der Sklave die Sache auf eine gerechte Art an sich gebracht hatte; b) den Besitz aber nur, wenn der Herr darum wußte, und ihn verlangte; c) eine Erbschaft nicht anders, als wenn ihm der Herr einen speciellen Befehl gegeben hatte, sie anzutreten. Ich sage: das Eigenthum erwarb er dem Herrn auch ohne dessen Wissen und Willen; das heißt, wenn ich meinem Sklaven verbiete, eine Sache zu acquiriren, und er acquirirt sie dessenungeachtet; nun gefällt sie mir, und ich will sie haben, so ist sie mein. Den Besitz erwirbt der Sklave dem Herrn nur mit dessen Wissen und Willen. Denn Besitz ist eine Detention der Sache, verbunden mit der Absicht sie zu behalten (§. 281.) Besitz läßt sich also ohne Wissen und Willen nicht denken (*1). Endlich eine Erbschaft kann der Sklave nicht acquiriren, wenn nicht der Herr ihm zum voraus Specialbefehl giebt, daß er sie antreten soll. Denn man stelle sich vor, der Sklave wollte ohne einen solchen Befehl sich der Erbschaft anmassen, dem Herrn aber gefiele es nachher nicht, sie zu behalten. Dieß würde sehr unangenehm und nachtheilig für die Erbschaftsgläubiger seyn. Da wir heutzutage wenig Sklaven in Deutschland haben, so haben diese Sätze einen sehr geringen practischen Nutzen. Auf Leibeigene passen sie gar nicht, weil diese sich selbst, und nicht dem Eigenthumsherrn acquiriren.

(*1) Das Gegentheil, daß man ohne sein Vorwissen durch einen Sklaven den Besitz erwerben könne, scheint Justinian §. 3. h. t. zu verordnen. Denn er sagt ganz allgemein: cuiuscunque rei possessionem adepti fuerint (servi), id vobis possidere videmini. Allein diese Regel ist nach der Analogie und verschiedenen Stellen der Pandecten auf den Fall einzuschränken, wenn entweder der Herr von der Besitzergreifung gewußt hat, oder wenn sie ex causa *peculiari* geschehen ist. S. *Vinn.* commentar. ad h. l. n. 3.

§. 424. Vom peculio der Sklaven.

Weil ein Römer oft eine Menge Sklaven hatte, worunter auch solche waren, welche die Handlung verstanden; so gab er ihnen zuweilen ein Stück Geld, oder eine Quantität Waaren, um damit einen Handel zu treiben, dieß hieß *peculium* (*1). Der Herr war von dem peculio Eigenthümer, so gut als von seinem übrigen Vermögen; der Sklave aber hatte die Administration, eine freyere oder eingeschränktere, nachdem es dem Herrn beliebte. Er konnte es auch dem Sklaven ganz wieder abnehmen, wenn dieser den Handel nicht zu seiner Zufriedenheit führte.

(*1) Auch peculium servile. L. 4. pr. D. de pecul.

§. 425. Von der Erwerbung durch die Kinder nach dem alten Römischen Recht.

Die zweyte Erwerbung durch Andere ist die, welche man durch seine Kinder macht. Nach dem alten Römischen Recht gehörte dem Vater alles, was die Kinder erwarben; es war also zwischen Kindern und Sklaven in die-

sem Stücke kein Unterschied. Oft gab ein Vater seinem Sohn aber auch Geld oder Waaren, um damit zu handeln, und das hieß denn, wie bey den Sklaven, *peculium*. Damals also gab es bey den Kindern nur ein einziges peculium (*[1]).

(1) Hugo civilistisches Magazin 2. Bands 2. Heft. 207. Seite.

§. 426. Nach neueren Gesetzen.

Nach dem neuen Römischen Recht hingegen verhält sich die Sache ganz anders. *Peculium* heißt nemlich alles, was ein *filius* oder eine *filia familias* vom Vermögen des Vaters abgesondert besitzt; das ist, was sie entweder dergestalt haben, daß es ihnen, und nicht dem Vater eigenthümlich gehört, oder was sie doch so besitzen, daß es nicht mit dem übrigen Vermögen des Vaters vermischt ist, sondern besonders verwaltet wird. Dieses peculium ist entweder *militare*, oder *paganum*; das *militare* entweder *castrense*, oder *quasi castrense*; das paganum entweder *profectitium*, oder *adventitium*; dieses letztere entweder *ordinarium*, oder *extraordinarium*. (Man sehe die 28ste Tabelle) (*[1]).

(1) Von den mancherley Eintheilungen des peculii s. *Meier*. colleg. Argentorat. tit. de pecul. §. 3. Die Rechtsgeschichte der Peculien erzählen *Pufendorf* tom. 1. obs. 98. et tom. 4. obs. 153. *Rau* diss. historia iuris civilis de peculiis, Lips. 1770; insonderheit die Geschichte des peculii quasi castrensis: *Iac. Godofredus* ad Cod. Theod. Lib. 2. Tit. 10. L. 3. p. 163. edit. *Ritter*. Das castrense kam zu Augusts, oder wie Andere glauben, zu Julius Cäsars Zeiten auf. Rau (S. 20.) rückt seinen Ursprung noch höher hinauf. So viel ist gewiß, die K. Titus, Domitian, Nerva und Trajan verordneten, daß ein Soldat das Eigenthum von seinem peculio castrensi haben, und darüber sollte testiren können. L. 1. D. de test. mil. Zu welcher Zeit das quasi castrense aufgekommen ist, weiß man eben so wenig. Ulpian gedenkt dessen an mehreren Stellen. *Rau* §. 8. Von Constantin M. aber haben wir das erste deutliche Gesetz. L. 15. C. Theod. de privileg. eor. qui in sacr. palat. milit. und L. un. C. Iust. de castr. omn. pal. pecul. (XII. 31.) worin er den Hofbedienten unter andern Privilegien auch das giebt, daß, was sie bey ihren Bedienungen durch Sparsamkeit erwerben, oder vom Kaiser geschenkt bekommen, ihr ganz freyes Eigenthum seyn soll. In der Folge ist dieß auf alle öffentliche Bedienten ausgedehnt worden. Den Ursprung des adventitii setzen die meisten unter Constantin M. Regierung. Allein man findet schon frühere Spuren zu Hadrians und Antoninus Pius Zeiten. *Rau* §. 9. Constantin M. gab die Verordnung, daß der Vater von dem mütterlichen Vermögen nur den Nießbrauch haben solle. Er setzte auch ein Drittheil des Nießbrauchs als ein praemium emancipationis fest. L. 1. et 2. C. Theod de bon. matern. Die folgenden Kaiser dehnten dieß hernach auf alle bona materni generis aus. L. 6. et 7. C. Theod. eod. Justinian verordnete endlich L. 6. C. de bon. quae lib. (VI. 61.), daß alles, was die Kinder durch Glücksfälle oder eigene Arbeit erwürben, zum peculio adventitio gehören solle, und vermehrte das praemium emancipationis bis auf die Hälfte.

§. 427. Was ist peculium castrense?

Peculium militare ist alles, was ein filius familias durch *militiam*, oder bey Gelegenheit derselben erwirbt, was er nicht würde erworben haben, wenn er nicht in militia gewesen wäre. Militia aber heißt bey den Römern nicht nur der Soldatenstand, sondern sie verstehen auch alle öffentliche Aemter und Würden, insonderheit die Advocatur, darunter. Jenen, den Soldatenstand, nennen sie militiam *sagatam*; diese, die öffentlichen Civilbedienungen militiam *togatam*. Hat der Sohn etwas im Soldatenstand (militia sagata), oder bey Gelegenheit desselben erworben: so heißt es peculium castrense. Dahin gehört also die Beute, die er macht; was ihm von seinen Obern wegen seines Wohlverhaltens geschenkt wird; was ihm sein Vater zur Equipage giebt; eine Erbschaft und ein Vermächtniß, die er von einem Cameraden bekommt, selbst, wenn sein Bruder, der mit ihm bey einerley Corps dient, stirbt, und ihn in Rücksicht auf den Militärdienst zum Erben ernennt, so ist die Erbschaft ein peculium castrense. Endlich wenn er von dem Gelde, das zum peculio castrensi gehört (pecunia castrensi), etwas erkauft: so ist die erkaufte Sache auch ein peculium castrense (*[1]).

Den Grund dieses letzten Satzes haben wir oben (§. 278.) gesehen. Wenn ein filius familias eine Klage auf sein peculium anstellt; so tritt die Regel ein: res succedit in locum pretii, er nimmt auch die Sachen in Anspruch, die mit dem Gelde aus seinem peculio erkauft worden sind.

(1) Uebrigens ist noch zu bemerken, daß nur wirkliche Soldaten ein solches peculium erwerben können, also Feldprediger, Kriegscommissäre, Marketender und andere Personen, die mit dem Soldaten im Felde sind, nicht. Eichmanns Pandecten 3. Th. 128. S.

§. 428. Was ist quasi castrense?

Das peculium quasi castrense wird in einem öffentlichen Amte, es sey geistlich oder weltlich, erworben. Dahin gehört also a) was ein Advocat, Magister, Doctor, practischer Arzt durch die Wissenschaften erwirbt; was ein Beamter, Secretarius, Archivarius, Regierungsrath, Rentmeister, Cammerrath, Prediger, Professor u. s. w. an Besoldung oder Accidenzien bekommt (*[1]). Wenn auch b) das Amt keine gelehrten Kenntnisse erfordert, wie z. E. das Amt eines Stall-, Fecht-, Tanz-, Küchenmeisters u. s. w.; so ist doch die damit verbundene Einnahme ein peculium quasi castrense. Endlich wenn auch c) ein öffentliches Amt nur Gelegenheit zur Erwerbung einer Sache giebt: so ist es ein peculium quasi castrense. Wenn z. E. ein Professor aus collegialischer Freundschaft den andern zum Erben einsetzt, so ist die Erbschaft ein peculium dieser Art. Auch was ein Vater seinem Sohn, welcher Doctor, Arzt, Advocat u. s. w. ist, in Rücksicht auf diese Würde schenkt, gehört da-

hin. Daß in allen diesen Fällen der Erwerber noch ein filius familias seyn müsse, versteht sich von selbst (*[2]).

Viele Juristen führen auch donata a Principe vel Augusta als Stücke des peculii quasi castrensis an. Mit dieser Sache hat es folgende Bewandniß. Wenn der Landesherr oder dessen Gemahlin einem filio familias etwas schenken, in Rücksicht auf den Militärstand, oder auf eine Civilbedienung: so ist es peculium *militare*, castrense, oder quasi castrense. Hat aber das Geschenk eine andere Beziehung und Ursache: so soll es dessen ungeachtet nach dem angeführten Gesetz die Rechte eines peculii militaris haben (*[3]).

(1) Zu dem peculio quasi castrensi gehören insonderheit auch die *puncti solatia*, wovon in der L. 4. §. 1. C. de advocat. div. iud. die Rede ist. Solatia, sagt man, ist so viel als solaria oder salaria. Für puncti will man functi lesen, und dieß soll so viel als functionis bedeuten. *Heinecc.* ad *Brisson.* de verb. signif. voc. *pungere.* Anders erklärt es *Wildvogel* Elect. p. 96. sqq. nemlich für Geschenke, welche der Kayser am ersten Januar als Belohnungen besonderer Verdienste austheilt, und die *puncti* solatia hiessen, vel propter *suffragium* approbationis, vel quia *momento* illo Kalendarum Ianuarii dabantur. Noch andere Erklärungen übergehe ich.

(2) Viele Juristen behaupten, daß alles, was durch die Wissenschaften, oder bey Gelegenheit der Studien erworben werde, ein peculium quasi castrense sey. Demnach gehörte auch z. E. hieher, was ein Student mit Repetition oder Information, was ein Hofmeister auf Academien erwirbt. *Schoepfer* synops. tit. de pecul. n. 15. sqq. *Stryk* de success. ab intest. diss. 11. cap. 3. §. 7. *Id.* ad *Lauterb.* tit. de pecul. voc. studiosus. *Io. God. Bauer* diss. de peculio quasi castrensi studiosorum §. 8. sq. in opusc. tom. 1. p. 54. sqq. Allein diese Meynung läßt sich aus den Römischen Gesetzen nicht vertheidigen. L. 7. C. de Assessor. (I. 51.) L. un. C. de castrens. omn. pal. pecul. (XII. 31.) L. ult. C. de castrens. pecul. mil. (XII. 37.) L. ult. C. de inoff. testam. (III. 28.) reden alle nur von dem Erwerb, der in öffentlichen Aemtern und Würden gemacht wird. *Euenkel* de privileg. parent. priv. 10. n. 38. p. 550. *Vinn.* de collat. cap. 10. §. 11. *Beyer* ad Pand. tit. de pecul. n. 3. sqq. **Bauer** führt zwar L. 1. C. de castrensi pec. mil. (XII. 37.) und L. 4. C. famil. hercisc. (III. 36.) für sich an, woraus erhellen soll, daß einer, der zum Soldat bestimmt sey, schon als Soldat angesehen werde, und ein peculium castrense haben könne. Allein beyde Gesetze reden von einem filio familias *eunti in militiam, in castra*, also von wirklichen Soldaten. Eben so wenig kann man mit einigen Juristen, das was sich ein Student von seinen zum Studieren erhaltenen Geldern erspart, oder eine Bibliothek, welche ihm der Vater anschafft, ein Geschenk, das er der Studien wegen erhält, u. dgl. zum peculio quasi castrensi rechnen. *Cocceii* iur. controv. tit. de pecul. Qu. 1.

(3) In der L. 7. C. de bon. quae lib. (VI. 61.) sagt **Justinian** von diesen Geschenken: *ad similitudinem castrensis peculii* omnem facultatem in eas filii vel filiae familias habeant. Es ist also ein unnützer Streit, ob ein solches Geschenk peculium quasi castrense, wie die meisten sagen, oder adventitium,

wie *Galvan.* de usufr. cap. 7. n. 10. p. m. 58. behauptet, sey. Am schicklichsten nennt man es peculium quasi militare.

§. 429. Was ist peculium profectitium?

Peculium paganum ist ein jedes, das nicht durch die militiam, auch nicht bey Gelegenheit derselben erworben wird; und dieses ist entweder *profectitium*, oder *adventitium*. Profectitium heißt a) alles, was die Kinder vom Vater selbst bekommen, und was ihnen b) von einem Andern, aber doch um des Vaters willen zufällt (*1). Dahin gehört z. E. ein Landgut, das der Vater dem Sohn einräumt, um von den Einkünften zu leben; ein Waarenlager, das er dem Sohn abtritt, um damit zu handeln; wenn jemand, der vom Vater Dienste erhalten hat, dem Sohn ein Geschenk macht u. s. w. Uebrigens muß man auch in allen diesen Fällen wieder voraussetzen, daß die Kinder in der väterlichen Gewalt sind und bleiben; denn sonst wäre das, was ihnen der Vater giebt, kein peculium.

(1) Dieß steht zwar ausdrücklich in keinem Gesetz, man schließt es aber aus den L. 21. et. 22. D. de usufr. *Franzk.* resolut. lib. 2. cap. 27. *G. Beyer* themat. ex var. iur. Ex. 5. th. 4.

§. 430. Was ist adventitium?

Endlich peculium adventitium ist, was die Kinder nicht vom Vater, auch nicht in Rücksicht des Vaters erwerben. Dergleichen ist, was sie sich durch eigenen Fleiß und Arbeit verdienen; was sie von der Mutter oder von andern Personen erben; was sie von einem Dritten, und zwar nicht um des Vaters willen, geschenkt bekommen; herrenlose Dinge, welche sie occupiren u. d. gl. (*1).

(1) Wenn die Kinder den Eltern im Hauswesen, oder bey ihrem Ackerbau, Handwerk, Handelschaft u. s. w. Beystand leisten, so erwerben sie sich dadurch nichts. Indessen können sie, wenn ihre Dienste mehr betragen, als die genossenen Alimente, einen Lohn verlangen. *Leyser* sp. 17. med. 2. ibique *Müller*. Strube rechtl. Bed. 3. B. 49. Bed. *Ferd. Christoph Harpprecht* diss. de operis liberorum, quae suis parentibus debent ac praestant, in *Eiusdem* diss. academ. Vol. 1. n. 1. *Eiusd.* diss. de salario pro operis liberorum praestandis, ibid. n. 2. Treibt aber ein Kind, das noch in väterlicher Gewalt ist, für sich allein ein Handwerk oder anderes Gewerb, so ist der Verdienst sein, und dem Vater gehört nur der Nießbrauch.

§. 431. Rechte des peculii militaris.

Nachdem wir die Gattungen des peculii kennen, wollen wir ihre verschiedenen Rechte betrachten. Das peculium militare, sowohl castrense, als quasi castrense, hat grosse Vorzüge vor den übrigen. Der Sohn hat darüber ein vollkommenes Eigenthumsrecht (plenum ius), das heißt: 1) er wird in Ansehung dieses peculii als ein pater familias angesehen, alle Dispositionen, die ein pater familias mit seinem Vermögen vornehmen kann, darf

auch

auch der Sohn über dieses peculium machen (*1). Er kann also 2) nicht nur unter den Lebendigen durch Kauf, Tausch, Schenkungen u. s. w. sondern auch *mortis causa* darüber disponiren; das heißt, einen letzten Willen und eine donationem mortis causa darüber errichten. Stirbt er ohne letzten Willen, so fällt dieses peculium an seine Intestaterben, das ist, an die Personen, die ihn vermöge der Gesetze erben, seine Kinder, oder Geschwister und Eltern; der Vater kann es sich also nicht vermöge der väterlichen Gewalt allein zueignen, wie er nach den ältern Gesetzen mit den Peculien zu thun befugt war (*2). Der Sohn kann auch 3) wegen dieses peculii mit dem Vater Verträge schließen und Proceß führen, da sonst, wie wir oben (§. 100.) hörten, zwischen Vater und Sohn keine Verträge gelten und kein Proceß Statt findet (*3).

(1) Borgt ein Sohn, welcher ein peculium dieser Art hat, Geld, so kann er sich nicht auf den Macedonianischen Rathsschluß berufen. L. 1. §. ult. D. ad SC. Maced. L. ult. §. 1. C. eod. (IV. 28.).

(2) Der Vater hatte also bey Lebzeiten des Sohnes kein Recht auf das peculium castrense, als das einzige, daß wenn der Sohn eines Verbrechens wegen auf eine Insel deportirt wurde, der Vater das peculium castrense behielt. L. 3. C. de bon. proscript. (IX. 49.). Wenn der Sohn ohne Testament starb, so fiel dieses peculium, so wie das paganum, dem Vater vermöge der väterlichen Gewalt zu. L. 2. L. 9. L. 14. D. de castrens. pec. Durch Kaiserliche Verordnungen aber wurde festgesetzt, daß das peculium adventitium, ohne Zweifel also auch das castrense, auf die Kinder des Sohnes, in deren Ermangelung auf die Geschwister, und, wenn auch deren keine da wären, erst dann auf die Eltern fallen sollte, und zwar *iure communi*, wie Justinian sagt, das ist: nicht iure peculii, sondern iure hereditario, L. 4. C. de bon. quae lib. Pr. I. quibus non est permiss. ibique *Vinnius* n. 4. *Rau* l. c. p. 25. Nach der Nov. 118. erben die Eltern mit den vollbürtigen Geschwistern des peculium militare, so wie alles übrige Vermögen des verstorbenen filii familias.

(3) Das peculium militare behält übrigens seine Vorzüge, wenn der Sohn vom Soldatenstand oder dem öffentlichen Amte abgeht. L. 17. §. 1. L. 19. §. 2. D. de castrens pec.

§. 432. Rechte des profectitii.

Das peculium profectitium gehört völlig dem Vater; das heißt, er hat das Eigenthum, die Mentalpossession und den Nießbrauch davon. Die Kinder haben nichts, als den körperlichen Besitz (§. 282.) und die Administration desselben. Wenn indessen 1) des Vaters Vermögen confiscirt wird, so sollen den Kindern vermöge einer Verordnung des K. Claudius die peculia profectitia nicht genommen werden (*1), und wenn 2) der Vater die Kinder emancipirt, ohne diese peculia zurück zu fordern, so hat er sie ihnen stillschweigend geschenkt. Stirbt aber der Vater, so müssen die Kinder das pe-

culium profectitium in die Erbmasse conferiren, das heißt, sich anrechnen lassen (§. 709.).

(1) Si patris bona, sagt Ulpian L. 3. §. 4. in fin. D. de minor. a fisco propter debitum occupata sunt, peculium ex constitutione Claudii separatur. *Vinnius* ad pr. I. quibus non est permiss n. 5.

§. 433. Rechte des adventitii.

Von dem peculio adventitio gehört den Kindern die Proprietät; der Vater hingegen hat der Regel nach die Administration und den Nießbrauch (*1), dergestalt, daß er nicht, wie ein anderer usufructuarius, Caution zu leisten, und ein Inventarium oder eine eidliche Specification zu entwerfen schuldig ist (*2); daß er auch ferner, wenn es nöthig, oder den Kindern nützlich ist, etwas davon, und zwar ohne obrigkeitliches Decret veräussern kann (*3). Dieser Nießbrauch dauert so lang, als die väterliche Gewalt, ja zuweilen noch länger. Wenn nemlich der Vater das Kind freywillig emancipirt, so behält er lebenslänglich den halben Nießbrauch als eine Belohnung der Emancipation (§. 161.). Stirbt das Kind, welches ein peculium adventitium hat, so fällt dieses nach den Regeln der Intestaterbfolge auf die Eltern und Geschwister (*4).

(1) *Carl Adolph Braun* diss. de usufructus parentum in bonis liberorum genuino fundamento, Ien 1743.

(2) *Euenckel* de privileg. parent. et liberor. priv. 4. cap. 4. num. 11. *Pufendorf* tom. 1. obs. 98. §. 18.

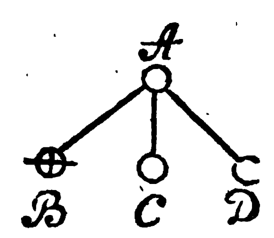
(3) L. 8. §. 5. C. de bon. quae lib. (VI. 61.). *Leyser* sp. 165, n. 9. *Wernher* part. 3. obs. 35. Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 1. Stück. 18. Seite. Strube rechtl. Bed. 2. Band 103. Bed. Außerdem aber ist der Vater die adventitia zu veräußern nicht befugt, und wenn er es thut, so ist die Alienation nichtig. Die Kinder können ihre Güter vindiciren, wofern sie nicht Erben des Vaters geworden sind. L. 14. C. de rei vind. (III. 32.) L. 3. C. de reb. alien. non alienand. (IV. 51.) L. 14. C. de evict. (VIII. 45.) wiewohl manche Juristen, z. E. *Faber* ad cod. Lib. 6. Tit. 34. Def. 2. *Hert* Resp. 522. n. 12. 14. *Frommann* diss. de administrat. adventit. legit. § 81. ihnen auch in diesem Fall die Vindication gestatten wollen. Allein mit Unrecht, S. *Henr. Ern. Floerke* diss. de parent. iur. in pecul. adventit. cap. 4. §. 11. *Stryk* diss. de facto defuncti ab herede non praestando, cap. 2. num 31. *Boehmer* tom. 2. part. 1. resp. 431. n. 3. 4. 5. tom. 3. part. 2. decis. 39. n. 9. sqq. Decis. Cassellan. tom. 2. dec. 235. n. 5.

(4) Nov. 118. cap. 2. Nach dem ältern Recht behielt der Vater den Nießbrauch lebenslang. L. 7. §. 1. C. ad SC. Tertull. *Koch* de success. ab intest. § 47.

§. 434. Vom peculio adventitio extraordinario.

Doch giebt es auch Fälle, wo der Vater keinen Nießbrauch vom peculio adventitio hat (*1). Dahin gehört, 1) wenn der Sohn gegen den Willen des Vaters etwas erwirbt; z. E. eine Erbschaft antritt (s. unten §. 543.);

denn Rechtswohlthaten werden Niemand aufgedrungen. Da nun der Vater nicht wollte, daß der Sohn die Sache acquiriren sollte, so kann er auch keinen Nießbrauch davon prätendiren. 2) Wenn jemand den Kindern ein Geschenk macht, oder eine Erbschaft, oder ein Vermächtniß mit dem Beding hinterläßt, daß der Vater einen Nießbrauch haben solle. 3) Wenn eins von mehreren Kindern stirbt; seine Erbschaft also auf den Vater und die Geschwister fällt. In diesem Falle bekommt der Vater den Nießbrauch über die Erbportionen der Geschwister nicht.



Z. E. wenn B. stirbt, und 3000 Rthlr. hinterläßt, so werden diese unter den Vater A, und die beyden Brüder C. D. in gleiche Theile vertheilt; der Vater aber hat über die 2000 Rthlr., welche dem C. und D. zufallen, keinen Nießbrauch. Der Grund liegt wohl darin, weil der Vater nach dem Rechte des Codex in diesem Falle gar nichts erbte, sondern alles auf die Brüder C. und D. fiel. Justinian hat ihn in der Nov. 118. cap. 2. zwar zur Succession gelassen; weil er ihm keinen doppelten Vortheil zuwenden wollte, so sprach er ihm den Nießbrauch von den Erbportionen der Miterben ab, oder wie er in der angeführten Novelle sagt: nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare; quoniam pro hac usus portione hereditatis ius et secundum proprietatem per praesentem dedimus legem. Endlich ist 4) der Fall in der L. 50. ad SCt. Trebell. hieher zu rechnen. Es ist folgender. Ein Vater war zum Erben eingesetzt, und ihm auferlegt worden, dem Sohn die Erbschaft zu restituiren, wenn dieser aus der väterlichen Gewalt gehen würde. Der Vater aber gieng mit der Erbschaft untreu um; deswegen rescribirte Kaiser Hadrian, daß er dem Sohn die Erbschaft sogleich, noch während der väterlichen Gewalt, abtreten, und keinen Nießbrauch davon haben sollte (*[2]).

Man theilt daher das peculium adventitium in *ordinarium*, s. *regulare*, s. *minus plenum*, und *extraordinarium*, s. *irregulare*, s. *plenum* ein. Ordinarium, regulare, minus plenum heißt das, worüber der Vater den Nießbrauch hat: extraordinarium, irregulare, plenum, wovon ihm keiner zukommt. Ueber dieses letztere peculium kann der Sohn inter vivos nach

Gefallen disponiren, es also verkaufen, vertauschen u. s. w.; auch kann er es mortis causa verschenken, ein Testament aber kann er nicht darüber machen; (§. 466.) denn die testamentifactio kommt den filiis familias schlechterdings nicht zu, ausser über das peculium militare, weil sie, wie wir vorhin hörten (§. 431.), in Ansehung dessen wie patres familias angesehen werden.

(1) *Rau* diss. cit. §. 10. *Georg Henr. Aldringen* diss. de bonis quae liberis in potestate patris constitutis extra militiam ita adquiruntur, ut pater usumfructum non habeat. Aug. Treviror. 1786.

(2) Aus diesem singulären Fall aber läßt sich nicht der allgemeine Satz abstrahiren, daß der Vater den Nießbrauch der Adventitien verliere, wenn er damit übel wirthschaftet. *Scipio Gentilis* tract. de bonis maternis cap. 12 Indessen behaupten Viele, z. E. *Lauterbach* diss. usufr. paterno th. 39. *Frommann* diss. de administratione adventitiorum legitima, §. 90. seqq. der Vater verliere den Nießbrauch allerdings. Noch andere Meynungen führt *Frommann* am a. O. §. 91. an. S. auch *Heusinger* comment. de iure peculii adventitii extraord. (Isenac. 1751. 8.) p. 13.

§. 435. Kann man auch durch andere Personen, als Sklaven und Kinder, acquiriren?

Nur durch Sklaven und filios familias konnte man nach dem alten Römischen Recht etwas erwerben, durch andere Personen nicht. Die neueren Gesetze aber erlauben, daß man auch durch einen Bevollmächtigten (procuratorem) etwas acquiriren kann; und zwar 1) den Besitz. Ich kann durch einen Bevollmächtigten den Besitz, z. E. eines Landguts ergreifen lassen. 2) Das Eigenthum; wenn ich durch einen Bevollmächtigten etwas kaufen lasse, und ihm die Sache tradirt wird, so bin ich Eigenthümer davon. 3) Ein Pfandrecht. Wenn z. E. mein Bevollmächtigter auf ein Haus Geld vorschießt, und sich das Haus für mich verpfänden läßt: so kommt mir ohne Zweifel ein Pfandrecht zu (*1). Konnte man aber auch 4) eine Servitut durch einen Bevollmächtigten erwerben? Ich bejahe dieses ohne Bedenken, obgleich kein ausdrückliches Gesetz darüber vorhanden ist. Wenn sich der Bevollmächtigte in meinem Namen in den Quasibesitz setzt, so habe ich die Servitut erworben (*2). 5) Ein Erbrecht konnte mir kein Bevollmächtigter erwerben; denn Erbverträge (pacta successoria) waren bey den Römern ganz verboten. Also gieng es auch nicht an, daß ich durch einen Procurator mit jemand einen solchen Vertrag schliessen ließ, und der Procurator mir auf diesem Wege ein Erbrecht erwarb. War ich Testaments- oder Intestaterbe, so konnte ich die Erbschaft nicht durch einen Bevollmächtigten antreten; folglich war auch in diesem Falle keine adquisitio iuris hereditarii per procuratorem möglich. Heutigestages kann zwar auch die Erbschaft durch keinen Bevollmächtigten angetreten werden, wie ich unten (§. 544.) zeigen will: die Erbverträge aber sind bey uns erlaubt, und man kann sie ohne Zweifel

nicht nur in eigener Person, sondern auch durch einen Procurator schliessen. Demnach ist es heutigestages möglich, ein Erbrecht durch einen Bevollmächtigten zu erlangen.

Ist einer weder Sklave, noch filius familias, noch Bevollmächtigter von mir, so kann ich nach Römischem Rechte durch ihn nichts acquiriren. Nach Deutschen Rechten hingegen kann ein Dritter, der auch keine von den benannten Personen ist, mir etwas erwerben. Wenn sich z. E ein Freund in meiner Abwesenheit etwas für mich schenken und tradiren läßt, so habe ich das Geschenk acquirirt (§. 738.).

(1) L. 2. C. per quas person. nob. acquir. (IV. 27.) Durch dieses Gesetz ist L. 11. §. 6. D. de pignor. aufgehoben.

(2) *Lauterbach* colleg. th. pr. tit. de servitut. §. 9.

TIT. X.
DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

§. 436. Uebergang zu dieser Materie.

Die modi adquirendi civiles sind, wie wir oben gehört haben, entweder singulares, oder universales. Die singulares sind usucapio, donatio, legatum, fideicommissum. Was usucapio und donatio sey, ist im 6. und 7. Titel erklärt worden. Das legatum und fideicommissum wird ausgesetzt, bis die Lehre von den Testamenten abgehandelt ist. Wir gehen also nun zu den modis adquirendi universalibus, deren erster, *hereditas*, oder richtiger *adquisitio hereditatis*, *successio hereditaria*, *successio sensu proprio* ist (*1).

(1) Denn in allgemeiner Bedeutung heißt ein jeder, der ein Recht von mir erhält, mein *successor*.

§. 437. Was ist die Erbschaft?

Um diesen Abschnitt gründlich zu verstehen, bemerke man folgende Sätze, 1) das Wort Erbschaft, *hereditas*, wird entweder objectivisch, oder subjectivisch genommen. In der ersten Bedeutung verstehet man die ganze Verlassenschaft, den Complexus der Güter des Verstorbenen, darunter; in der letzten hingegen wird das Recht auf eine solche Verlassenschaft, das Erbrecht, ius hereditarium, damit angedeutet (*).

2) Das Erbrecht besteht theils in dem Rechte, sich eine noch nicht erworbene Erbschaft mit Ausschließung Anderer zu eigen zu machen, theils in dem Rechte, welches Jemanden an einer von ihm schon wirklich erworbenen Erbschaft zusteht. Wenn weiter noch nichts, als ein Titel oder nur das Recht, zu der Erwerbung einer Erbschaft vorhanden ist, so heißt sie *hereditas delata*; und das Erbrecht ist alsdann ein ius in rem s. hereditatem iacentem: ist aber

die Erbschaft wirklich mein geworden, weil ich sie angetreten habe, oder das Gesetz sie ohne Antretung für mein erklärt, so sagt man: *hereditas adquisita est.* Daher jus hereditarium, Erbrecht in der engern Bedeutung. Wenn mich z. E. jemand im Testament zum Erben ernennt, und mit Tode abgehet, so ist die Erbschaft mir deferirt, zugefallen, angefallen, hereditas delata; wenn ich sie aber antrete, so ist sie von mir acquirirt (*1).

3) Diese Erwerbung einer Erbschaft heißt die Erbfolge, *successio hereditaria, successio sensu stricto.*

4) Der Titel zu einer Erbschaft kann dreyerley seyn: Vertrag, Testament, Gesetz. Wenn ich nemlich Erbe eines Menschen werde, so liegt entweder der Grund in seiner Willenserklärung, weil er mich dazu ernennet hat; oder unmittelbar in der Vorschrift der Gesetze. Im letzten Fall ist es hereditas legitima, sive ab intestato. Heredes legitimi nemlich sind die Verwandten des Verstorbenen und einige andere Personen. Man sehe den 721. u. f. f. §§. Z. E. wenn der Vater stirbt, so sind die Kinder Erben, ob sie gleich der Vater nicht dazu ernennet hat; sie sind es, weil sie die Gesetze dafür erklären, also heredes legitimi, oder ab intestato. Wenn die Willenserklärung des Verstorbenen der Grund meines Erbrechts ist: so ist dieselbe entweder in der Absicht geschehen, daß ich sie acceptiren soll, und ich habe sie wirklich acceptirt; oder sie ist blos einseitig geschehen, das heißt, nicht in der Absicht, daß ich sie soll acceptiren können. Im ersten Falle bin ich *heres pactitius*, im letzten *heres testamentarius*, oder besser *heres ex ultima voluntate*. Bey den Römern fand der Regel nach keine hereditas pactitia Statt; bey ihnen waren die Verträge über die Erbschaft eines noch lebenden bestimmten Menschen der Regel nach ungültig. In Deutschland hingegen gelten sie, und werden nicht selten eingegangen, wie ich unten (§. 737.) ausführlich zeigen will.

5) Der Testamentserbe geht dem Intestaterben vor (successio testamentaria excludit legitimam); das heißt, wenn ich im Testament einen Erben ernenne, so können die heredes legitimi keinen Anspruch auf meine Erbschaft machen, ausgenommen, wenn es Personen sind, denen der Pflichttheil gebühret. Man sehe den 13ten Titel dieses Buchs. In Deutschland geht der durch Vertrag bestimmte Erbe allen andern vor. Bey uns also findet folgende Rangordnung Statt: 1) heres pactitius, 2) Testamentserbe, 3) Intestaterbfolger.

(*) Vergl. Fetzer's Versuche zur Bild. des Römischen Rechts. pag. 69.

(1) Bey den suis heredibus ist es etwas eigenes, daß delatio und adquisitio hereditatis in Einem Moment geschieht. (§. 540.).

§. 438. Geschichte der Testamente.

Die Testamente sind bey den Römern nicht immer auf einerley Weise gemacht worden (*1). In den ältesten Zeiten machte man sie in *calatis*, das heißt, *convocatis comitiis*, in einer Volksversammlung. Wenn das Volk versammelt war, erklärte man öffentlich, wen man zum Erben haben wolle. Das Volk consentirte stillschweigend, denn daß es ordentlich votirt habe, wie Manche glauben (*2), ist mir nicht wahrscheinlich. Man siehet übrigens hieraus ein, warum die Testamente bey den Römern als Gesetze angesehen worden sind; weil sie nemlich in den alten Zeiten, gleich den Gesetzen, in einer Volksversammlung gemacht wurden (*3). Diese Art zu testiren war sehr beschwerlich; denn der Testator mußte warten, bis sich das Volk versammelte; schwerlich kam es blos um eines Testaments willen zusammen; auch wurde die Erbeseinsetzung allgemein bekannt, welches zuweilen dem Testator unangenehm seyn mußte (*4). Aus diesem Grunde wurde eine andere Art von Testamenten eingeführt, die *per aes et libram*. Die Gesetze der 12 Tafeln nemlich sagen: uti pater familias legassit (das heißt, disposuerit) super pecunia tutelave, ita ius esto. Nach dieser Verordnung konnte man testiren, auf welche Weise man wollte. Die Rechtsgelehrten führten aber folgende Solennitäten bey den Testamenten ein. Man ließ einen Bürger kommen, welcher den Erben vorstellte, und *familiae*, d. i. bonorum *emtor* hieß (*5); einen zweyten, der eine Waage hielt, und daher *libripens* hieß; einen dritten, den *antestatum* (*6), dessen Bestimmung sogleich erklärt werden soll; und endlich fünf Zeugen. Wenn diese Personen versammelt waren, so ermahnte der antestatus die Zeugen, auf alles wohl Achtung zu geben; der libripens hielt die Waage in die Höhe; der familiae emtor warf ein Stück Geld in die eine Waagschale, der Testator aber legte etwas von seinem Vermögen in die andere, und verkaufte vermittelst einer sollennen Formel sein ganzes Vermögen dem familiae emtori. Endlich brachte der Testator sein Testament zum Vorschein mit der Formel: haec uti in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, ita vos Quirites testimonium praebitote (*7).

(1) Die Rechtsgeschichte der Testamentslehre haben ausführlich abgehandelt *Thomasius* in diss. III. 1) de sensu legis decemviralis testamentariae, 2) initia successionis testamentariae. 3) de origine successionis testamentariae. *Heineccius* in diss de origine testamentifactionis et ritu testandi antiquo, in Syll. opusc. Tom. 2. *Io. Henr. Summermann* coniectur. de origine et progressu testamentor. apud Romanos pariter ac Germanos aliosque populos, specimen I. Berolin. 1735. 4. Eine Schrift voll Gelehrsamkeit, aber nicht vollendet. Im vierten Jahrhundert bricht der Verfasser ab. *Alb. Diet. Trekell* tract. de origine atque progressu testamentifactionis apud Romanos, cum praefat. *Georg. Christ. Gebaueri* Lips. 1739. 4.

(2) Unter andern *Summermann* tract. cit. p. 107. seqq.
(3) Daher kommt es dann auch, daß Papinian L. 3 D. qui testam. fac. poss. sagt: testamenti factio non privati, sed publici iuris est.
(4) Noch mehr Beschwerlichkeiten bey diesem Testament führt an *Iust. Frid. Lud. Engelbrecht* progr. de testamento Romanorum in calatis comitiis (Goett. 1750.) §. 10.
(5) In den ältern Zeiten war der Erbe selbst der familiae emtor; in den neuern aber nahm man eine andere Person dazu, und nun war freylich der sollenne Verkauf, die Mancipation, eine bloße juristische Comödie: der familiae emtor erhielt nicht das mindeste Recht daraus. *Theoph.* ad §. 1. I. h. t. *Franc. Car. Conradi* Exerc. I de pacto fiduciae, §. 7. *Reiz* ad Theoph. tom. 1. §. 332. sqq. *Gottl. Wernsdorf* observatio de familiae emtore ipso herede in testamento per aes et libram condito. Wittenb. 1780. Weil die Testamente anfangs wie Contracte aussahen, so haben noch immer die Testamente mit den Contracten manches gemein. *Püttmann* interpret. et obs. cap. 27. *Id.* probabil 2 cap. 2.
(6) Daß ein antestatus bey den Testamenten zugezogen worden, läugnen Verschiedene, z. E. *I. H. Boehmer* diss. de testam. mulier. Ex. ad P. Tom. 4. p. 849. *Wernher* vol. 3. part. 1. obs. 13 n. 185. S. davon *Trekell* tr. cit. p. 91.
(7) Warum er sagte: tabulis cerisve, erklärt *Bynkershoek* obs. iur. rom. lib. 3. cap. 21.

§. 439. Fortsetzung.

Der Prätor erfand eine kürzere, also die dritte Art zu testiren. Er erklärte in seinem Edict, daß er ein Testament als gültig ansehen, und dem eingesetzten Erben die Verlassenschaft (bonorum possessionem) zusprechen wolle, wenn es von sieben Zeugen untersiegelt sey. Also ein mündliches Testament hatte diese Wirkung nicht, nur ein schriftliches (*1). Schon zu Cicero's Zeiten war dieses Testament üblich. Uebrigens kam deswegen das Testament per aes et libram nicht ab, es war noch in Ulpians Zeitalter gewöhnlich (*2).

Die Anmerkung sagt: sieben Zeugen erforderte der Prätor vermuthlich darum, weil im Testament per aes et libram fünf Zeugen, ein antestatus und ein libripens, also zusammen 7 Personen gegenwärtig waren; und aus demselben Grunde ist auch wohl noch, den neuesten Gesetzen nach, in den Testamenten diese Zahl von Zeugen erforderlich (*3).

(1) Erst Kayser Gordian verordnete L. 2. C. de B. P. sec. tab. daß auch aus einem mündlichen Testament bonorum possessio secundum nuncupationem gegeben werden solle. *Pufendorf* Tom. I. obs. 138 p. 362. sqq. Merkwürdig ist, daß der Prätor B. P. sec. tab. gab, sobald das Testament von 7 Zeugen untersiegelt war, ohne zu fragen, ob es nullum, ruptum oder irritum sey. Wenn aber nachher das Testament bestritten und umgestoßen wurde, so blieb diese B. P. *sine re*, ohne Wirkung. *Ulpian.* tit. 23. §. 6. *Theoph.* ad §. 6. I. quib. mod. testam. infirm. *Cuiac.* paratitl. ad tit. C. de B. P. c. t. *Maranus* Opp. p. 369.
(2) *Ulpian* Fragm. tit. 22. §. 2.

(3) *Frid.*

(3) *Frid. Aug. Hommel* diss. de numero septenario testium in testamentis, Lips. 1731. sucht den Grund in der von den Alten geglaubten Vollkommenheit der Zahl sieben.

§. 440. Fortsetzung. Definition eines Testaments.

Endlich die vierte Art von Testamenten ist das testamentum ex constitutionibus Principum. Als nemlich die solenne Mancipation bey Testamenten per aes et libram nach Ulpians Zeiten anfieng ausser Gebrauch zu kommen, so wurde eine Art von Testamenten üblich, welche eine Vermischung des Prätorischen und Civiltestaments war. Coepit, sagt Justinian, §. 2. h. t. in unam consonantiam ius civile et praetorium iungi. Die Kaiser Theodosius der jüngere und Valentinian fanden nöthig, die Form dieses Testamentes genauer zu bestimmen, und gaben zu dem Ende eine Verordnung (*¹), worin sie etwas von den Regeln des testamenti per aes et libram und des Prätorischen Testamentes beybehielten, von jenem die unitatem actus (*²), von diesem das Untersiegeln der Zeugen, zugleich aber auch die Unterschrift der Zeugen und des Testators erforderten. Auch setzte Theodosius fest, daß man ein Testament dem Landesherrn oder der Obrigkeit solle überreichen können, und daß in diesem Falle keine Feyerlichkeiten nöthig seyn sollten (*). Die folgenden Kaiser bildeten die Sache weiter aus, und diese durch die Kayserlichen Verordnungen vorgeschriebene Art zu testiren wollen wir dann im gegenwärtigen und folgenden Titeln kennen lernen (*). Vor allen Dingen aber müssen wir die Definition eines Testaments genau überlegen. Man versteht darunter einen letzten Willen, der nach gesetzlicher Vorschrift erklärt ist, und die Einsetzung eines directen Erben enthält (*⁴).

(1) Diese Verordnung steht in der L. 21. hac consultissima C. de testam. aber verstümmelt. Vollständiger im Theodosianischen Codex tom. 6. part. 2. p. 29. edit. *Ritter*.

(2) Denn die Testamentserrichtung per aes et libram war eine feyerliche Handlung, solche Handlungen aber musten uno contextu geschehen. *Vinn.* ad §. 3. h. t. *Trekell* tract. cit. cap. 3. §. 57.

(3) L. 19. C. de testam. (VI. 23.).

(*) E. C. Westphal's Theorie des Römischen Rechts von Testamenten, deren Erblasser und Erben, ihrer Form und Gültigkeit. Leipzig 1790.

(4) Die Definition eines Testaments, welche Modestin L. 1. D. qui test. fac. poss. giebt: testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, ist offenbar nicht richtig, denn sie paßt auf Codicille so gut als auf Testamente, und doch will sie Gebauer in praef. ad *Trekell* de orig testamentifact. vertheidigen. *Wahl* diss. de iusta lib. hered. instituendi forma, §. 2.

§. 441. Erklärung dieser Definition.

Das Testament ist demnach 1) **ein letzter Wille**, das heißt, ein einseitiger Wille, der erst nach dem Tode vollkommen ist. Es ist also a) **ein einseitiger Wille.** Wenn ich meinen Willen zum Besten eines Andern erkläre, und der Andere diese Erklärung acceptirt, so ist voluntas bilateralis, ein Vertrag vorhanden. Wenn ich hingegen meinen Willen allein erkläre, ohne daß ihn ein Anderer acceptirt, so ist es voluntas unilateralis, eine einseitige Willenserklärung. Von dieser Art ist das Testament. Wer dergleichen macht, will nicht, daß der Erbe seine Einsetzung acceptiren soll. Der Erbe erfährt auch oft nichts davon, und wenn er sie erfährt, so acceptirt er sie doch nicht; und gesetzt, daß er sie acceptire, so würde die Acceptation nichtig und ohne Wirkung seyn (*1). b) **Der letzte Wille ist erst nach dem Tode vollkommen**; das heißt, er giebt demjenigen, zu dessen Besten er gereicht, nicht eher ein vollkommenes und unwiderrufliches Recht, als bis der Disponent, welcher den letzten Willen erklärt hat, todt ist.

Das Testament enthält 2) eine **Erbeseinsetzung**. Erbe nemlich heißt der, welcher alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen bekommt, welche nicht ganz persönlich sind, das ist, alle Rechte und Verbindlichkeiten, die von einer Person auf die andere übergehen können. Im Titel de heredibus instituendis wird dieser Begriff weiter entwickelt werden (*2).

3) Im Testament wird ein directer Erbe ernennet. Wer nemlich die Erbschaft unmittelbar vom Verstorbenen erhält, heißt *heres directus*; wer sie hingegen aus den Händen eines andern Erben bekommt, heißt *heres obliquus*, oder *fideicommissarius*. Man stelle sich vor, ich verordne: A. soll mein Erbe seyn, und die Erbschaft lebenslang genießen, nach seinem Tode aber soll sie auf den B. und nach dessen Tode an den C. fallen. Hier ist A. heres directus; B. und C. sind heredes fideicommissarii oder obliqui. Ein letzter Wille, der ein Testament seyn soll, muß nothwendig die Einsetzung eines directen Erben enthalten (*3), und ein solcher Erbe kann auch nirgends anders, als in einem Testament ernannt werden, wie wir §. 506. sehen werden.

Die **Anmerkung** lehrt: nach den alten Gesetzen mußte die Erbeseinsetzung befehlsweise geschehen, mit den Worten: Titius heres esto, oder Titius heres sit, oder Titium heredem esse iubeo. Bittweise, z. E. Titium rogo ut heres sit, konnte sie nicht abgefaßt werden. Der Grund liegt darin, weil die Testamente als Gesetze angesehen wurden (*4) §. 438.). Allein nach der Verordnung Constantins M. in der L. 15. C. de testam. (VI. 23) und heutigestages kann der Testator eine jede beliebige Formel gebrauchen (*5). Mehr von der Form der Erbeseinsetzung s. unten §. 488.

(1) Strube rechtl. Bed. 2. Theil. 180. Seite.

(2) Wenn der Testirer den Erben im Testament selbst nicht ernennt, sondern sich auf einen besondern Zettel bezieht, worin der Name des Erben steht: so heißt es ein mystisches Testament. Bey schriftlichen Testamenten ist eine solche mystische Erbeseinsetzung ohne Zweifel erlaubt. Bey mündlichen wollen Viele sie nicht zulassen. Man s. Meditationen über versch. Rechtsmaterien, 5. Band. 309. Medit. *Schaumburg* diss. singularia de testamento nuncupativo capita §. 17. Andere aber, z. E. *Nettelblatt* diss. de testam. nuncup. in scripturam redacto cap 1. § 7 ibique allegat. behaupten mit besserm Grund die Zuläßigkeit. Man s. auch *Pufendorf* Tom. 4. obs. 77. — — L. 29. C. de testam. erfordert aber doch bey mündlichen Testamenten: testatorem voce exprimere nomen vel nomina heredum. W.

(3) Auch in den privilegirten Testamenten (§. 443.) muß ein Erbe ernannt werden, wenn sie als Testamente gelten sollen; und das Römische Recht ist in diesem Stücke bey uns angenommen. *Io. Frid. Wahl* diss. de iusta liberos hered. instituendi forma, pag. 43.

(4) Nicht einmal die Formeln: heredem instituo, heredem facio, waren richtig. Illa institutio plerisque improbata est, sagt *Ulp.* tit. 21.

(5) Z. E. meines Bruders Kinder sollen mein sämmtliches Vermögen haben und behalten. Strube rechtl. Bed. V. Band 46. Seite. Der Testirer kann mit der Erbeseinsetzung anfangen, aber auch, wenn er will, mit den Vermächtnissen. Allein darüber ist gestritten worden, ob der eingesetzt sey, dessen man nur in einer Bedingung erwähnt (an in conditione positus censeatur institutus?) z. B. wenn es hieße; wofern mein Bruder vor mir sterben sollte, setze ich den A. zum Erben ein. Ist hier der Bruder eingesetzt? Man s. *Harpprecht* diss. de tacita heredis institut. n 137. sqq. Ich halte ihn allerdings für eingesetzt; wenn man aber dieß auch nicht annimmt, so erbt er doch als Intestaterbe. Von den Kindern, deren nur in einer Beding ng erwähnt wird, s. unten §. 475. (4) und §. 603. (2.).

§. 442. Fortsetzung.

Der erste Character des Testamentes ist: es ist eine Willenserklärung. Daraus folgt, 1) daß niemand ein Testament machen kann, als wer den Gebrauch seiner Vernunft hat. Im Titel, quibus non est permissum facere testamentum, wird dieser Satz weiter auseinander gesetzt werden. Der Wille muß aber auch frey und ungezwungen seyn. Ein durch Zwang, durch ungestümmes Anhalten (importunas sollicitationes) dem Testirer abgenöthigtes Testament ist ungültig. Auch wenn Jemand durch lügenhafte Vorstellungen zur Verfertigung des Testaments verleitet worden ist, so gilt es nicht (*1).

2) Da man seinen Willen auf zweyerley Art, mündlich und schriftlich erklären kann: so giebt es zweyerley Arten von Testamenten, mündliche, *nuncupativa*, und schriftliche, *scripta* (*2).

Der zweyte Character: das Testament enthält eine Erbeseinsetzung. Da nun der Erbe ein Successor in alle Rechte des Verstorbenen ist, so folgt, daß wer ein Testament machen will, über sein ganzes Vermögen disponiren müsse. Niemand kann daher 1) pro parte testatus, pro parte intestatus sterben.

Das heißt, es geht nicht an, daß von mehreren Erben Eines und desselben Verstorbenen einige als Testamentserben, und die übrigen als Intestaterben succediren. Earum rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus, sagt Pomponius (*[3]). Wenn ich meine Intestaterben A. B. C. im Testament einsetze, und ihnen einen Fremden, D. beyfüge: so erben zwar diese Personen zusammen, aber alle als Testamentserben. Diese Regel übrigens: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, ist fruchtbar an practischen Folgen. Es folgt daraus a) daß, wenn ich einen Menschen nur auf einen Theil meines Vermögens einsetze, z. E. ich hätte gesagt, A. soll mein Erbe auf ein Drittheil meines Vermögens seyn; wer das übrige bekommen soll, will ich in der Folge bestimmen, hätte aber nachher nichts weiter verordnet, so würde der eingesetzte Erbe alles bekommen (*[4]). Denn wer soll sonst die zwey Drittheile haben? Will man sie den Intestaterben geben, so würde ich pro parte testatus, pro parte intestatus sterben. b) Wenn ich einen auf eine gewisse Zeit, z. E. nur auf 10 Jahre zum Erben ernenne, ohne zu sagen, wer nach diesen 10 Jahren die Erbschaft haben soll: so bleibt er beständig Erbe. Wem will man nach Verlauf der 10 Jahre die Erbschaft geben? Die Intestaterben können sie nicht verlangen, weil dieß der eben angeführten Regel, nemo pro parte testatus etc. zuwider wäre. c) Gesetzt, ich ernennete jemand zum Erben, dergestalt, daß er erst im zehenten Jahr nach meinem Absterben die Erbschaft haben sollte, und hätte mir zwar vorbehalten, noch zu verordnen, wer Erbe in den ersten 9 Jahren seyn solle, aber doch in der Folge keine Verordnung gemacht. In diesem Falle bekommt der Eingesetzte die Verlassenschaft sogleich nach meinem Tode, und nicht die Intestaterben (*[5]). Der Grund ist wie vorhin. Wollte man in den ersten 9 Jahren die Intestaterben zulassen: so würde ich anfangs intestatus, nachher testatus seyn. Daß es übrigens in Deutschland Fälle giebt, wo einer pro parte testatus, pro parte intestatus stirbt, zeigt Heineccius (*[6]). Auch schon bey den Römern ließ man Ausnahmen zu (*[7]). Ausser diesen Fällen aber gilt die Römische Regel auch bey uns (*[8]).

2) Zwey oder mehr Testamente können nicht zugleich gelten. Nemo paganus (denn bey einem Soldaten ist es anders (§. 454.) cum duobus vel pluribus testamentis decedere potest. Denn in jedem Testament ist ein Erbe ernannt; jeder Erbe ist ein successor im ganzen Vermögen; nun kann aber nicht der eine das Ganze, und der andere auch das Ganze erben.

Der dritte Character des Testaments war: es ist ein einseitiger Wille. Der Erbe bekommt kein unwiderrufliches Recht, so lange der Testator lebt. Dieser ist daher befugt, sein Testament so oft zu ändern, als es ihm gefällt. Man drückt dieses sonst auch also aus: voluntas hominis ambulatoria est

usque ad mortem. Wenn sich also zwey Testamente nach dem Absterben eines Menschen vorfinden, so gilt das neueste.

(1) L. 1. C. si quis aliquem test. prohib. (VI. 34.) L. 1. D. ibid. *Leyser* sp. 375. sqq. *Wernher* Tom 1 Part. 1. obs. 192. Part. 2. obs. 408. *Pufendorf* Tom. 2. obs. 10. — *Hofacker* princ. iur. Rom. germ. §. 1616 ꝛc. *C. H. G. Köchy* de testam. vi metuque extorto. Ienae 1800. Die importunae sollicitationes sind noch kein Zwang, aber an sich doch sehr unbestimmt. Es fehlt durchaus an Gesetzen, welche darum ein Testament anzufechten erlaubten. W.

(2) Man sehe von diesem Unterschied *Ferd Aug. Hommel* diss. de scripturae eiusque necessitate in testamento nuncupativo (Lips 1729.)

(3) L 7. D. de reg. iur. Ueber diese Regel und ihren wahren Grund ist viel geschrieben worden. Von der Regel selbst s. man vorzüglich *Marckart* interpret. rec. iur. civ. lect. lib. 2. cap. 24. p. 324 sqq. Von ihrem Grund aber: *Io. Frid. Hermann* diss. (*sub praesid. Christ. Gottl. Haubold*) de causis, cur idem et testato et intestato decedere non possit. Lips. 1788.) Er sucht den Grund darin: 1) daß die Testamente anfangs wie die Gesetze in den Comitien gemacht wurden. Nun mache man aber kein neues Gesetz als in der Absicht das alte (das die Intestaterbfolge verordnet) aufzuheben. 2) Daß die sacra privata würden Noth gelitten haben, wenn zweyerley, Testaments- und Intestaterben, sie hätten erhalten sollen. 3) Weil die feyerliche Formel bey der Mancipation in dem Testament per aes et libram allgemein gelautet habe: nuncupo tibi hanc familiam, quae mea est. Endlich 4) weil man jedes Testament mehr zum Vortheil des Testaments- als des Intestaterben erklärt habe. Sehr seltsame und erzwungene Ursachen führt ein Ungenannter im Schottischen Wochenblatt 4. Band, Num. 6. an.

(4) Wie aber, wenn der Testirer ausdrücklich gesagt hätte, der Erbe solle nur einen gewissen Theil, und mehr nicht, haben? Die gegründetste Meynung ist, daß der Erbe in diesem Fall zwar das ganze Vermögen bekomme, aber den Intestaterben doch den Ueberschuß über den ihm bestimmten Theil als ein Fideicommiß herausgeben müsse *Vinn* ad §. 5. I. de hered. instit n. 5.

(5) L. 41. pr. D. de test. mil. L. 34. L. 88. pr. D. de hered. instit. L. 7. §. 10. D. de minor.

(6) *Heinecc.* elem. iur. germ lib. 2. tit 7. §. 200. Tom. 1. pag. 515.

(7) L. 8. §. 5. L. 15. §. 2. L. 19. L 24. D. de inoff. testam. *P. Faber* ad tit. de reg. iur. p 48. sqq. *Anton Faber* Error. Pragmat. Decad. 27. err. 2 ꝛc. ꝛc. Vom Soldatentestament s. §. 454.

(8) *Reinharth* ad *Christin.* vol. 4. obs. 18.

§. 443. Fortsetzung.

Der letzte Character in der Definition des Testaments war: es ist ein Wille, der nach gesetzlicher Vorschrift erklärt ist. — Die Vorschriften der Gesetze betreffen theils den Inhalt des Testaments, davon im 13ten und 14ten Titel dieses Buches; theils die äußere Form, die Art und Weise seinen letzten Willen zu erkennen zu geben, davon hier. — Man kann nemlich sein Testament unter öffentlicher Autorität, man kann es auch *privatim* machen. Im ersten Falle heißt es *publicum*, im letzten *privatum*. Das publicum wird

entweder vor dem **Landesherrn**, oder vor dem **Richter** (einer obrigkeitlichen Person, oder einem Collegium, welche die Jurisdiction haben, dem Justizbeamten, der Justizcanzley, dem Oberappellationsgericht rc.) gemacht, das privatum vor keinem von beyden.

Publice also mache ich mein Testament vor dem **Landesherrn**, a) wenn ich zu dem Landesherrn gehe, und ihm mündlich sage, wer mein Erbe seyn soll; oder b) ihm mein Testament schriftlich überreiche. c) Wenn ich ihn ersuche, mir Deputirte zu schicken, und vor diesen mein Testament mündlich mache, oder d) diesen Deputirten es geschrieben übergebe (*1). Vor dem Richter, a) wenn ich mich zu ihm verfüge, und ihm meinen letzten Willen mündlich eröffne (*2). b) Wenn ich ein schriftliches Testament im Gericht hinterlege. Ferner c) wenn ich den Richter ersuche, in Person zu mir zu kommen, oder Deputirte zu schicken, und nun meinen letzten Willen mündlich erkläre. Endlich d) wenn ich dem Richter oder seinen Deputirten, die zu mir gekommen sind, das Testament schriftlich zustelle (*3). In allen diesen Fällen sind keine Solennitäten, z. E. keine Zeugen nöthig. Der Landesherr und Richter sind statt aller Solennitäten (*4). Der Richter braucht auch nicht competent zu seyn; das heißt, ich kann mein Testament bey jedem Richter machen, auch bey einem solchen, unter dem ich nicht stehe; genug, daß er die Gerichtsbarkeit hat (*5a); und endlich ist auch nicht erforderlich, daß ein Actuarius zugegen sey, wenn das Testament übergeben wird. Genug, daß es dem Richter übergeben, oder vor ihm mündlich errichtet wird (*5b).

Hingegen das Privattestament erfordert der Regel nach manche Feyerlichkeiten, und zwar bey Strafe der Nichtigkeit; das heißt, wenn nur eine einzige der vorgeschriebenen Solennitäten unterbleibt, so ist das ganze Testament ungültig. Ich sage: **der Regel nach**; denn es giebt Fälle, wo bey einem Privattestament alle, es giebt auch solche, wo einige Feyerlichkeiten unterbleiben können, ohne daß das Testament ungültig wird. Daher theilt man **die Privattestamente in solenne und nichtsolenne, oder privilegirte** ein. Solenne heißen die, bey welchen alle vorgeschriebene Feyerlichkeiten zu beobachten sind. Nicht solenne oder privilegirte, bey welchen sie unterbleiben können. (Man sehe die zu diesem §. gehörige Tabelle XXIX. a). Der gegenwärtige Titel handelt von solennen, der folgende von nicht solennen Testamenten.

Uebrigens muß ich noch anmerken, 1) daß, wenn jemand behauptet, der Testirer habe die erforderlichen Solennitäten nicht beobachtet, er den Beweis führen muß (*6). Denn bey jeder juristischen Handlung wird angenommen, daß sie auf die gehörige Weise und gültig geschehen sey, so lang das Gegentheil nicht erwiesen werden kann. Wenn also z. E. einer das Testament aus

dem Grunde bestreitet, daß die Zeugen nicht rogiret worden (§. 445.), oder daß gegen die Einheit des Actus verstoßen worden sey (§. 444.): so muß er den Beweis übernehmen. 2) Was ist aber Rechtens, wenn bey einem Testament nur ein ganz geringer Fehler passiret ist, z. B. wenn ein Zeuge mit einem Pfenning statt eines Petschafts untersiegelt hätte (§. 447.); wenn einer weggegangen wäre, ehe sie alle unterschrieben hätten (§. 444.); wenn einer keine vollen 14 Jahre alt gewesen wäre (§. 445.)? Verschiedene Juristen (*7), behaupten, daß ein solcher kleiner Mangel dem Testament nicht schade. Ich kann aber dieser Meynung keinen Beyfall geben: denn wo ist die Grenze zwischen einem kleinen und großen Mangel? Die Gesetze schreiben die Beobachtung aller Feyerlichkeiten vor, und wissen von dem Unterschied zwischen geringen und wichtigen Formalitäten nichts (*8). Ferner 3) ist die Frage: ob der Nothfall, wenn jemand in solchen Umständen ein Testament macht, wo er die vorgeschriebene Form nicht beobachten konnte, die Unterlassung der Feyerlichkeiten entschuldige? Z. E. Jemand ist auf der Reise, fährt mit dem Postwagen, wird plötzlich krank, erklärt also vor dem Postillon und den Passagieren, die zusammen keine sieben Personen sind, seinen letzten Willen, und stirbt. Ich trete ohne Bedenken denen bey, welche das Testament für ungültig halten (*9).

(1) Das testamentum *Principi* oblatum hat seinen Grund in einem Gesetz der K. Honorius und Theodosius, der L. omnium testamentorum 19. C. de testam. (VI. 23) Es mußte dem Kayser schriftlich überreicht werden; denn daß man ihm auch mündlich seinen letzten Willen soll eröffnen können, sagt das Gesetz nicht. *Walch* diss. de testam. Principi oblato, cap. 2. §. 5. hält daher nach Römischem Rechte das dem princeps bloß mündlich erklärte Testament ungültig, glaubt aber dieß nicht geradezu bey uns anwendlich. Das testamentum *magistratui in scriptis* oblatum galt bey den Römern anders nicht, als wenn es mit den gehörigen Feyerlichkeiten errichtet war. Man brachte es der Obrigkeit blos der Sicherheit wegen, damit es nicht verlohren gehe, gestohlen, unterschlagen würde. Die gerichtliche Insinuation ersetzte also den Mangel der Feyerlichkeit nicht. Ob die Römer das mündlich vor der Obrigkeit erklärte Testament gekannt haben (testamentum, quod fit ad acta), ist zweifelhaft. *Franc. Car. Conradi* diss. de testam. publico, sive quod fit apud acta, (Helmst. 1741.) behauptet es. Anderer Meynung aber ist *Madihn* diss. de validit. testam. non rite oblati, §. 14. Da die L. 19. eine classische Stelle ist, so will ich sie mit den nöthigen Erklärungen hersetzen. Omnium testamentorum solennitatem superare videtur, quod insertum mera fide precibus (es ist mit einer Supplik überreicht, und hat vollkommene Glaubwürdigkeit, meram fidem), inter tot nobiles probatasque personas (welche in dem Consistorium des Kaysers saßen), etiam conscientiam Principis tenet, (der Kayser und soviel ansehnliche Männer wissen darum). Sicut ergo securus erit qui actis cuiuscunque iudicis aut municipum (der Decurionen) aut auribus privatorum mentis suae postremum publicavit iudi-

cium, ita nec de eius successione tractabitur (es soll kein Streit darüber entstehen), qui nobis mediis (d. i. intervenientibus) et toto iure, quod in nostris scriniis est constitutum, succedit (er erbt, weil er des Kaysers Ansehen und die Glaubwürdigkeit des Archivs für sich hat). Nec sane illud heredibus nocere permittimus, si rescripta nostra nihil de eadem voluntate responderint (wenn auf die Ueberreichung des Testaments kein Rescript erfolgt ist). Voluntates enim hominum *audire* volumus, non *iubere*. (Man könnte ein solches Rescript als einen Befehl ansehen, daß es bey diesem Testament bleiben solle.) Ne post sententiam nostram inhibitum videatur commutationis arbitrium; cum hoc ipsum, quod per supplicationem auribus nostris intimatur, ita demum firmum sit, si ultimum comprobetur, nec contra iudicium suum defunctus postea venisse detegatur. Ne quid sane praetermisisse credamur, huiusmodi institutionis successoribus designatis, omnia, quae scriptis heredibus competunt, iubemus eos habere, nec super bonorum possessionis petitione ullam controversiam nasci, cum pro herede agere cuncta sufficiat, et ius omne ipsa complere aditio videatur. Omnibus etenim praestandum esse censemus, ut libero arbitrio, cui testandi facultas suppetit, successorem suum oblatis precibus possit declarare. Nec institutus heres pertimescat, cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit adprobare, si ei alia nocere non possunt (wenn das Testament nur sonst keinen Mangel hat.)

(2) Was eine Obrigkeit bey der Auf- und Annehmung eines Testaments zu beobachten hat, setzt sehr gut auseinander *Claproth.* iurisprud. extraiud. §. 110. sqq. Ob sie nothwendig ein Protocoll darüber führen müsse, untersuchen *Lauterbach* diss. de testamento iudiciali, th. 23. und *Nettelbladt* diss. de testam. nuncupativo in scripturam redacto, cap. 1. §. 13. Ich halte es nicht für schlechterdings nöthig. Strube rechtl. Bed. 2. Band, 52 Bed.

(3) Ob man dem Landesherrn und Richter ein Testament durch einen Bevollmächtigten überschicken könne, ist zweifelhaft. Die Gültigkeit eines solchen Testaments vertheidigen: *Stryk* caut. testam. cap. 8. *Hert* resp. 178. n. 4. *Boehmer* vol. 2. Part. 1. consil. 643. n. 18. sqq. *Leyser* sp. 354. med. 4. *Io. Frid. Wahl* diss. de iusta liberos heredes instituendi forma, pag. 24. sqq. Decis. Cassel. tom. 1. decis. 21. Strube am a. O. 1. Theil, 317. Seite. 4. Theil, 230. Seite. Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien, S. 607. der 2. Ausg. Meisters practische Bemerkungen 1. Band, 83. Seite. Geigers und Glücks Rechtsfälle; 1. Band, dritter Rechtsfall. Doch setzen die meisten die Einschränkungen bey: der Procurator müsse mit einer besondern (entweder schriftlichen oder durch zwey Zeugen zu erweisenden mündlichen) Vollmacht versehen gewesen, und es müsse nicht der mindeste Verdacht eines Betrugs vorhanden seyn. Der gegentheiligen Meynung sind *Pufendorf* tom. 4. obs. 197. et animadv. 81. *Cramer* obs. iur. univ. tom. 1. obs. 17. *Gottfr. Barth* diss. de testam. Principi aut Comiti oblato, cap. 5. §. 10. *Spies* diss. de testamento per procuratorem non insinuando (Altorf 1742.) §. 3. seqq. und dieser pflichte ich bey. Es fehlt bey einem solchen Testament die Gewißheit des Willens; alles beruhet auf der Aussage eines einzigen Menschen, des Bevollmächtigten, der noch dazu Zeuge in seiner eigenen Sache ist; die Obrigkeit ist nicht im Stande zu untersuchen,

ob

ob der Testirer noch bey gesunder Vernunft ist, ob er lesen und schreiben könne, ob er sich zu dem Inhalt des Testaments bekenne, oder ob er wenigstens versichert sey, daß sich sein wahres Testament in dem Umschlage befinde, ob er ungezwungen testiret, die Vollziehung des Testaments nicht etwa noch untersagt habe rc. Bey dem Privattestament sollen die Zeugen in conspectu testatoris seyn (§. 445.), und niemand wird ein solches Testament für gültig halten, wenn die Zeugen den Testirer nicht gesehen hätten, sondern ihnen das Testament von einem Bevollmächtigten zum Unterschreiben vorgelegt worden wäre. In der L. 19. C. de testam. heißt es: qui mentis *suae* publicavit iudicium, und successorem *suum* potest declarare; anderer Gründe nicht zu gedenken. Man sehe noch *Walch* controv. pag. 284. sqq. edit. III. welcher die Ueberreichung durch einen Bevollmächtigten bey dem Landesherrn für erlaubt hält, bey der Obrigkeit nicht.

(4) Bey dem gerichtlichen Testament ist dieß nach der Praxis ausgemacht. *Stryk* de cautel. testam. cap. 7. §. 32. Hingegen bey dem, dem Landesherrn überreichten erfordern doch Manche, daß man es in Gegenwart einiger Zeugen überreiche. *Id.* l. c. §. 16.

(5 a) Strube am a. O. 5. Band, 51. Bed.

(5 b) Nur muß der Richter innerhalb dem Bezirk seiner Gerichtsbarkeit seyn; *Reinharth* ad *Christin.* IV. 15. wiewohl viele Juristen vermöge der bloß vom Römischen Proconsul redenden L. 2. D. de off. procons. der Meynung sind, daß er auch ausser dieser Grenze ein Testament aufnehmen könne.

(6) *Wahl* l. c. p. 37. Strube am a. O. 5. Band, Seite 46. *Pufendorf* tom. 2. obs. 144. pag. 498.

(7) *Leyser* spec. 3. med. 6. spec. 355. med. 5. et in supplem. ad spec. 351. Vol. XI. pag. 209. Decis. Cassel. tom. 2. dec. ult.

(8) *Müller* ad *Leyser* obs. 5.

(9) Westphal's Untersuchung der Frage, ob ein ohne die vorgeschriebene Form gemachtes Testament des vorhanden gewesenen Nothfalles wegen gültig sey. In Koppens Archiv für Jurisprudenz, 2. B. 293. u. f. f. S. Das Hauptpflaster, womit man die Wunden eines Testamentes heilen will, ist L. 183. de R. I. wo Marcellus sagt: etsi nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est. Allein diese Stelle paßt gar nicht auf Testamente; sie ist ein Stück einer andern Stelle, der L. 7. pr. de i. i. r. und handelt von dem Fall, wenn Jemand ohne seine Schuld einen gerichtlichen Termin versäumt hat.

§. 444. Solennitäten, welche in den Privattestamenten nöthig sind. Unitas temporis et actus.

In jedem Privattestament werden nach der Regel folgende Solennitäten erfordert: 1) muß *unitas temporis* und *actus* beobachtet werden. Unitas temporis, das heißt, das Testament muß auf einmal gemacht werden, es gehet nicht an, daß man es heute anfange, morgen fortsetze, und übermorgen endige. Unitas actus, das ist, a) während des actus testandi darf keine andere fremde Handlung vorgenommen, kein Contract geschlossen werden. Man denke sich

den Fall: ich erkläre meinen letzten Willen mündlich; als ich den Erben ernannt habe, und nun an die Vermächnisse komme; untern andern der Kirche mein Haus vermache: so ersucht mich einer der Zeugen, ihm es zu verkaufen, und der Kirche lieber das Geld zu vermachen. Ich willige in diesen Antrag, der Kauf wird richtig, und nun fahre ich mit der Eröffnung meines letzten Willens fort. Dieses Testament ist ungültig, weil der actus testandi durch einen Kaufcontract unterbrochen worden ist (*1). b) Während des actus müssen Testirer und Zeugen von Anfang bis zu Ende alle beysammen seyn, und bleiben. Kein Zeuge darf weggehen, ehe die Handlung vollendet ist.

Um übrigens beurtheilen zu können, ob der actus testandi zu Einer Zeit und ununterbrochen vorgenommen worden sey, muß man den Punct wissen, wo er anfängt, und wo er sich endigt. In dem mündlichen Testament fängt er an, wenn der Testator die Zeugen ersucht, seinen letzten Willen anzuhören, und ist geendigt, wenn der Testirer mit seiner Erklärung fertig ist. Im schriftlichen fängt er an, wenn der Testator die Zeugen bittet, seinen Willen zu unterschreiben, und zu untersiegeln; er hört auf, wenn der letzte Zeuge untersiegelt hat. Der Testator kann also Wochen, Monate und Jahre lang an seinem Testament schreiben. Dieß ist der Einheit der Zeit nicht entgegen. Nur von dem Augenblick an, da er die Zeugen um Unterschrift und Untersiegelung ersucht, muß keine Unterbrechung mehr geschehen.

(1) Einige behaupten, daß während des Testamentsactus allerdings ein Contract geschlossen werden könne (man s. *Hoenonii* disp. iurid. lib. 1. disp. 7. thes. 6.); wenigstens nach unserer Praxis. *Carpzov.* part. 3. const. 5. def. 20. *Esbach* ad *Carpzov.* part. 3. const. 3. def. 10. nr. 4. aber Andere widersprechen mit Grund. *Coccei* iur. contr. tit. qui test. fac. poss. quaest. 10. *Struv.* Ex. 32. th. 10. *Wernher* part. 5. obs. 38. Doch glaubt letzterer part. 3. obs. 163. daß diese Verordnung nur auf mündliche Testamente passe. So viel ist gewiß, daß eine einseitige Handlung des Testators, wenn er z. E. im Testament ein Grundstück einem seiner Erben für eine gewisse Summe anschlägt, dem Testament unschädlich ist. *Lynker* resolut. 412. et 467. *Wahl* diss. de iusta liberos heredes instituendi forma, §. 10.

§. 445. Fortsetzung. Gegenwart von sieben Zeugen.

Das Privattestament erfordert 2) sieben Zeugen, der Grund dieser Anzahl ist oben erklärt worden (§. 439.) (*1). Diese müssen 1) *speciuliter rogati* seyn, das heißt, sie müssen entweder zu dem Ende zusammen gerufen werden, daß sie Testamentszeugen seyn sollen; oder, wenn sie aus einer andern Ursache schon versammelt sind, so muß man ihnen erklären, daß man sie zu Zeugen verlange. Wenn jemand in der größten Gesellschaft erklärte, wer ihn erben sollte, und die Anwesenden nicht ersuchte, daß sie Zeugen dessen seyn möchten: so gilt diese Erklärung nicht als ein Testament. Dieß ist nicht

nur dem Römischen Recht, sondern auch der Notariatsordnung Maximilians gemäß. In dieser heißt es: es ist auch im Testament nöthig, daß die Zeugen nicht allein gebeten, sondern insonderheit zu Aufrichtung des Testaments berufen und genommen, oder aufs wenigste, wo sie ungeschickter Dinge unberufen zugegen wären, dazu ermahnt und besprochen werden. Der Grund dieser Vorschrift liegt theils darin, weil das Testament per aes et libram eine feyerliche Handlung war, und in dergleichen Handlungen eine solenne Requisition (rogatio) der Zeugen erfordert wurde; theils aber ist er darin zu suchen, weil aus der Rogation erhellet, daß die Erklärung des Testirers ein ernstlich gemeynter letzter Wille, kein bloß flüchtiger Gedanke war. Uebrigens ist es nicht nöthig, daß der Testator selbst diese Rogation vornehme; denn ein Anderer kann es in dessen Namen thun (*2).

Die Zeugen müssen ferner 2), wie L. 9. Cod. cit. (VI. 23.) sagt: *in conspectu testatoris testimoniorum officio fungi* (*3). Was heißt dieß? Bedeutet conspectus bloß die Gegenwart, oder den eigentlichen Anblick? Jemand kann mir gegenwärtig seyn, ohne daß wir uns sehen, z. E. weil es stockfinster ist. Nimmt man es für den Anblick: so fragt sich's weiter, heißt es, der Testirer muß die Zeugen sehen, oder die Zeugen müssen ihn sehen, oder endlich, sie müssen beyde einander sehen? Wenn der Testator z. E. hinter einem Vorhange liegt, und durch eine Spalte sieht: so kann er die Zeugen, sie aber ihn nicht erblicken. Ist der Testator blind, so sehen ihn die Zeugen, er aber sie nicht. Man bemerke also: 1) soviel ist gewiß, der Testator braucht nicht sehend zu seyn; denn auch Blinde können testiren (§. 469.) 2) Daß ein Blinder bey einem schriftlichen Testament nicht Zeuge seyn kann, ist begreiflich. Ob er es aber bey einem mündlichen seyn kann, ist zweifelhaft. Laurich (*4) läßt ihn zu, aber anderer Meynung ist Koch (*5). Schwerlich möchte sich ein Testament vertheidigen lassen, bey welchem sieben blinde Zeugen gewesen wären; denn der Verdacht eines Betrugs ist allzugroß. Indessen dürfte auch der Fall wohl nie vorkommen. Wenn aber Einer oder einige blind gewesen wären, und wenigstens zwey sehend, so glaube ich nicht, daß das Testament mit Grund angefochten werden könne (*6). 3) Wenn die Zeugen den Testator nicht sehen, weil es finster im Zimmer, weil ein Vorhang, eine spanische Wand u. dergl. zwischen ihnen ist, so ist das Testament ungültig (*7); denn *certitudo voluntatis* fehlt, man ist nicht versichert, daß der, welcher das Testament gemacht hat, auch derjenige wirklich gewesen ist, für den er sich ausgegeben hat. Ein Betrug ist bey diesen Umständen gar zu leicht möglich. 4) Allein von allen diesen Fällen handelt das Gesetz nicht. Nach dem ganzen Zusammenhang zu urtheilen, ist darin bloß von dem schriftlichen Testament eines Sehenden die Rede, und das Gesetz schreibt vor, die

Zeugen sollen in Gegenwart des Testators vor seinen Augen, so daß er zusieht, das Testament unterschreiben. Der Grund ist, wenn das Testament den Zeugen überreicht, darauf aber an einen andern Ort getragen wird; so kann unterwegs ein Betrug gespielt, ein anderes falsches Testament untergeschoben werden.

Weiter 3) müssen auch die Zeugen fähig seyn, bey einer feyerlichen Handlung gegenwärtig zu seyn; also daß sie glaubwürdige Leute sind, ist nicht genug. Daher können folgende Personen nicht im Testament zu Zeugen gebraucht werden: alle, die nicht zum Erben ernannt werden können (cum quibus non est testamentifactio), also Nichtbürger (peregrini), Apostaten u. s. w. (*8 a) (S. §. 484. u. f. f.), ausserdem aber auch Weibspersonen (*8 b). Unmündige, Sklaven, Wahnwitzige, Taube, Stumme, Verschwender (solche nemlich, die von der Obrigkeit förmlich dafür erklärt sind); solche, die wegen eines öffentlichen Verbrechens zur Strafe gezogen worden sind; nach dem Canonischen Recht alle Ehrlose (*9 a). Ferner darf aber auch der Erbe selbst nicht unter den Zeugen seyn; denn der Erbe ist vornehmlich bey dem Testament interessirt; er wäre also Zeuge in seiner eigenen Sache, oder wie Justinian (§. 10. h. t.) sagt: totum negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter testatorem et heredem agi; heres sibi testimonium praestaret (*9 b). Endlich müssen auch die Zeugen durch keine Verbindung der väterlichen Gewalt verhindert werden. Nemlich a) der Zeuge darf nicht in des Testators väterlicher Gewalt seyn; das heißt, wenn ich ein Testament mache, so kann ich meine eigenen filios familias nicht zu Zeugen brauchen. Der Grund ist, weil ich und sie Eine Person sind (*10 a). Aus eben dieser Ursache gehet es b) nicht an, daß der Testirer in des Zeugen Gewalt sey; das ist, wenn der filius familias ein Testament über sein peculium castrense oder quasi castrense macht (§. 466.), so kann der Vater nicht Zeuge seyn (*10 b). c) Der Zeuge darf ferner nicht in des Erben väterlichen Gewalt stehen; wenn ich den A zum Erben ernenne, so kann ich dessen filios familias nicht als Zeugen zuziehen. d) Der Erbe muß nicht in des Zeugen väterlicher Gewalt seyn; das ist, wenn ich einen filium familias zum Erben einsetze, so kann dessen Vater nicht Testamentszeuge seyn. e) Der Zeuge und Erbe sollen nicht in einerley väterlicher Gewalt seyn; wenn ich nemlich von zwey Brüdern, die noch filii familias sind, einen einsetze, so kann der andere im Testament nicht zeugen. Der Grund dieser Regel liegt darin: da Vater und Sohn als Eine Person angesehen werden, so stellen auch mehrere Brüder, so lange sie in der väterlichen Gewalt sind, nur Eine Person vor. f) Die bloße Blutsfreundschaft schadet nichts. Ich kann also meine Söhne, wenn sie aus der väterlichen Gewalt gegangen sind, in meinem Testament als Zeugen gebrauchen; ich kann die Söhne meines Erben dazu nehmen, wenn sie sui iuris sind, der Sohn kann

zu dem Testament seiner Mutter, seines mütterlichen Großvaters Zeuge seyn (wenn er darin nicht zum Erben ernannt ist) u. s. w. (*11). g) Die Verbindung der Zeugen unter sich schadet ebenfalls nichts. Es gehet also an, daß ein Zeuge filius familias des andern Zeugen ist. Sogar wenn ein Vater sechs mündige Söhne hat, die noch alle in seiner Gewalt sind, so kann er mit ihnen zu einem Testament gezogen werden. Man könnte glauben, daß, da diese sechs Söhne mit dem Vater Eine Person sind, sie auch nur für Einen Zeugen zu rechnen seyen. Allein so weit wird die persönliche Einheit des Vaters und der Kinder nicht ausgedehnt. Endlich h) können auch die legatarii und fideicommissarii singulares Zeugen im Testament seyn (*12); und zwar im mündlichen eben sowohl, als im schriftlichen (*13).

(1) Man s. *Ferd. Aug. Hommel* diss. de numero septenario testium.

(2) *Boehmer* consult. et decis. vol. 2. dec. 649. n. 11. 12. 13. dec. 651. n. 20.

(3) Die Worte des Gesetzes sind: si non speciali privilegio patriae tuae iuris observatio relaxata est, et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo iure testamentum valet.

(4) Diss de coeco idoneo in testamento teste. Lips. 1773.

(5) Progr. de conspectu testatoris. Giss. 1775. Man sehe auch *Walch* controv. pag. 298. edit. III.

(6) Georg Heinrich Lehr über die Frage: ob ein Blinder bey Testamenten Zeuge seyn könne? Giessen 1788. 4. (in Hagemann und Günthers Archiv für die Rechtsgelehrs. 5 Band, Num. 10.) welcher auch ein vor 7 blinden Zeugen errichtetes Testament für gültig hält, wenn nur sonst ausgemacht ist, daß der Testirer wirklich der war, für den er sich ausgab.

(7) *Wahl* diss. de iusta liberos heredes instituendi forma, pag. 56.

(8a) Von der Ursache, warum Weibspersonen ausgeschlossen sind, handelt *Martucius* var. explan. iur. civ lib. 1. cap. 38. und *Vinn* ad §. 6. h. t. n. 2.

(8b) Doch giebt es Ausnahmen. Ketzer z. B. können im Testament Zeuge seyn. L. 21. C. de Haered. (I. 5.)

(9a) Wer die improbi et intestabiles sind, von denen Justinian §. 6. h. t. sagt, daß sie nicht Zeuge seyn können, s. bey *Vinn.* ad d. §. n. 5. Uebrigens schadet es dem Testament nicht, wenn ein untüchtiger Zeuge dabey war, dessen Untüchtigkeit aber das Publicum damals nicht wußte (qui omnium consensu testis habilis erat.) §. 7. I. h. t. ibique *Vinn.* Eben so wenig schadet es, wenn nach Errichtung des Testaments ein Zeuge untüchtig wird, oder vor Eröffnung des Testaments stirbt.

(9b) Zu der Zeit, als in dem Testament per aes et libram noch der Erbe selbst familiae emtor war (§. 438. S.), konnte er nicht Zeuge seyn. Als es aber aufkam, einen Andern als den Erben zum familiae emtor zu nehmen, konnte der Erbe Zeuge seyn. Wenn man dieß nicht weiß, so fällt es auf, daß Cicero pro Milone cap. 18. sagt, er habe ein Testament untersiegelt, worin er zum Erben eingesetzt gewesen sey. Nach Justinians Verordnung soll der Erbe nicht als Zeuge zugezogen werden. §. 10. I. h. t. Daß er dieses aber zuerst eingeführt habe, ist nicht zu glauben. *Vinn.* ad d. §. n. 1.

(10a) Wenn der Sohn in dem Testament zum Erben eingesetzt wird, so kann er auch als Erbe nicht Zeuge seyn. *Vinn.* ad §. 9. h. t. n. 1.

(10b) Dieses steht in dem §. 9. I. h. t. ganz deutlich. Indessen sagt Ulpian in der L. 20. §. 2. D. h. t. per contrarium quaeri potest, an pater eius, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit? Et Marcellus libro X. digestorum scribit, posse. Die Bemühung, diesen Widerspruch zu vereinigen, ist umsonst. S. *Pacii* enantioph. cent. 10. qu. 19. *Huber* h. t. n. 15. *Vinn.* ad §. 9. h. t. n. 4. Macht der filius familias ein militärisches Testament, so kann der Vater darin Zeuge seyn. *Vinn.* l. c. n. 3.

(11) Verschiedene Juristen behaupten zwar, daß jede Verbindung des Zeugen mit dem Erben zum Zeugniß im Testament unfähig mache. Man sehe Hertels Thee- und Caffeetasse 16. und 17. Gout. Aber unsere Meynung ist den Gesetzen gemäßer. In dem §. 10. I. h. t. heißt es ausdrücklich: neque heres scriptus, neque is, qui *in potestate* eius, neque pater eius, qui eum habet *in potestate*, neque fratres, qui in eiusdem *patris potestate* sunt, testes adhiberi possunt. Auch in der Notariatsordnung Max I. steht: einer, der in dem Testament Erb geschrieben, oder der mit demselben in eines andern Gewalt wäre, könnte nicht zu Zeugen genommen werden. Strube rechtl. Bed. 3 Theil. 327. Seite. *Molitor* diss. decisiones ex praxi Moguntina continens. (Mogunt. 1786.) decis. 2.

(12) Der Grund, welchen Justinian im §. 11 h. t. anführt, quia legatarius non est iuris successor (weil er kein Universalsuccessor ist), ist freylich nicht ganz befriedigend. *Forner.* selection. lib 2. cap. 12. ap. *Otton.* II. 69. *Vinn.* ad h. l. n. 2. Bessere Ursachen sind a) der Erbe würde unverschämt seyn, wenn er Zeugnisse in Ansehung der Vermächtnisse nicht gelten lassen wollte, welche er doch selbst für sich anführt, und durch welche er die Erbschaft bekommen hat. Auch nahm b) ein Römer gewöhnlich seine vertrautesten Freunde zu Testamentszeugen, und es würde hart gewesen seyn, wenn er diesen nichts hätte vermachen dürfen. *Vinn.* l. c. n. 3. Eine sehr umständliche Abhandlung über die Frage: welche Personen im Testament Zeugen seyn können, hat *Guil. Masius* singular. opin. lib. 6. cap. 17. 18. 19. 20. pag. 728. sqq. Nach der L. 27. D. qui test. fac. poss. fragte ein gewisser Domitius Labeo den Jurist Juventius Celsus: An testium numero habendus sit is, qui, cum rogatus esset ad testamentum scribendum, idem quoque cum tabulas scripsisset, signaverit? Celsus antwortete ihm: aut non intelligo, quid sit, de quo me consulis, aut valde stulta est consultatio tua. Plus enim, quam ridiculum est, dubitare, an aliquis iure testis adhibitus sit, quoniam idem et tabulas testamenti scripsit. Man heißt daher in der Jurisprudenz die albernen Fragen *quaestiones Domitianas*, und die groben Antworten *responsiones Celsinas*.

(13) *Vinn.* ad §. 11. h. t. n. 4. *Rebhan* paralipom. *Meier* decad. 3. quaest. 9.

§. 446. Erfordernisse des schriftlichen Testaments.

Bisher haben wir die Feyerlichkeiten kennen gelernt, die in jedem Testament, es sey mündlich oder schriftlich, beobachtet werden müssen. Das schriftliche Testament aber erfordert insonderheit noch 3) daß der Testator es

selbst schreibe oder unterschreibe. Im ersten Falle heißt es *holographum*, im letzten *allographum*. Also in dem holographo ist die Unterschrift des Testators nicht nöthig. In dem allographo aber ist sie erforderlich, und muß, welches wohl zu bemerken ist, in Gegenwart der Zeugen geschehen. Nach den Gesetzen ist nur nöthig, daß der Testator einmal, am Ende unterschreibe. Indessen ist es gewöhnlich und rathsam, daß er auf allen Blättern unterschreibe. Wenn der Testator nicht schreiben kann, weil er es entweder nie gelernt hat, oder jetzt durch die Krankheit daran verhindert wird: so muß er noch einen achten Zeugen zuziehen; und dieser unterschreibt seinen eigenen, nicht des Testators Namen; z. E. Titius in des Herrn Testators Namen.

In den Institutionen und dem Codex hatte Justinian noch vorgeschrieben, daß der Testator mit eigener Hand, oder wenn er nicht schreiben kann, ein Zeuge den Namen des Erben schreiben soll. In der Novelle 119. c. 9. aber ist diese Verordnung wieder aufgehoben (*1).

(1) *Pufendorf* tom. 3. obs. 5. §. 2. pag. 15. Daß man im oder unter dem Testament das *datum* bemerke, ist nirgends vorgeschrieben. Da indessen manche Juristen behaupten, daß es nöthig sey (*Manz* de testam. val. et inval. tit. 4. quaest. 3.), so ist nicht rathsam, es wegzulassen. Eine Art von Testamenten, wo das datum beygesetzt werden muß, wird unten (§. 460.) vorkommen.

§. 447. Fortsetzung.

Die Zeugen müssen 4) das Testament unterschreiben (*1), und untersiegeln. Bey den Römern mußten sie mit einem Siegelring siegeln (*2); heutigestages ist es einerley, ob es mit einem Siegelring, oder mit einem andern Petschaft geschieht (*3). Auch ist nicht nöthig, daß jeder sein eigenes Petschaft habe; sie können mit geliehenen Petschaften (*4), ja sie können alle mit Einem Petschaft siegeln. Doch muß es ein wirkliches Petschaft seyn, was sie gebrauchen; eine Münze kann in diesem Falle nicht statt eines Petschafts gelten.

(1) Und zwar ist genug, daß sie ihren Namen unterschreiben; daß sie hinzusetzen: als Testamentszeuge, ist nicht nöthig. *G. L. Boehmer* diss. de testam. signato et subscripto in involucro. §. 2. in Elect. iur. civ. tom. 1. pag. 49. sqq.

(2) L. 22. § 5. D. qui testam. fac. poss. sagt: magis est, ut tantum annulo quis posset signare. Die Ursache untersucht *Herm. Cannegieter* obs. lib. 1. cap. 13. Der Ring war ein Symbol der Festigkeit und Gültigkeit. Es ist also nicht nöthig, in dem Gesetz zu lesen: magis est ut *non* tantum annulo. S. *Heinecc.* ad *Vinn.* h. t. n. 3.

(3) Die Notariatsordnung vom Jahr 1512. tit. von Testamenten sagt: mit ihren gewöhnlichen Siegeln bezeichnet werden. *Grassi* collat. iur. rom. cum Recess. Imper. p. 134.

(4) L. 22 §. 2. D. qui testam. fac. poss. L. 12. C. de testam. (VI. 23.) Daß ein Zeuge, der mit einem fremden Petschaft untersiegelt, dieß bey seiner Namensunterschrift anmerke, ist nicht nothwendig. *Vinn.* ad §. 5. h. t. n. 1.

§. 448. Sprache des Testaments.

Die Sprache, worin jemand ein schriftliches Testament machen, und das Formular, dessen er sich bedienen will, ist willkührlich. Nur muß er es mit Buchstaben, nicht mit ungewöhnlichen Charakteren (notis) schreiben. Die Zahlen mit Ziffern zu schreiben, ist nicht verboten (*1). Auch die Materie, worauf er es schreiben will, ist gleichgültig (*2). Die Römer schrieben vieles in cera, das heißt, auf hölzerne Tafeln, die ganz dünne mit schwarzem Wachs überzogen waren, so daß man mit einem Griffel die Buchstaben in das Wachs eingrub, und die weisse Tafel hervorleuchtete. Ulpian sagt (*3), man könne das Testament auch auf chartam deletitiam und οπισθογραφον schreiben. Was für Papier das erste war, ist zweifelhaft. Einige sagen, es sey eine Papierart gewesen, von der man die Schrift mit einem Schwamme habe abwischen können; Andere verstehen ein Papier darunter, auf dem eine Schrift gestanden hat, die aber wieder ausradirt worden ist (*4). Nimmt man die erste Meynung an, so ist unser Schreibpergament oder Eselshaut jenem Papiere ähnlich. Man kann also darauf ein Testament schreiben. Wenn man hingegen die zweyte Erklärung vorzieht, so kann der Fall nicht leicht vorkommen, daß ein Testament auf chartam deletitiam geschrieben wird; denn es läßt sich kaum denken, daß Jemand aus Mangel des Papiers eine Schrift ausradiren müßte, um sein Testament auf das Blatt zu schreiben. Auch ist es nicht gewöhnlich, die Schrift auf einem Papier auszuradiren, und etwas anders darauf zu schreiben, da das Papier so selten nicht ist (*5). Οπισθογραφος charta heißt Papier, dessen eine Seite schon zuvor mit etwas anders beschrieben ist (*6). Uebrigens versteht es sich, daß, wenn das Testament, es sey nun geschrieben, worauf es will, gelten soll, es leserlich seyn muß, ut charta literas non confundat, wie Heineccius sagt.

(1) *Müller* ad *Struv*. Ex. 32. th. 10. lit. E.
(2) *G. L. Boehmer* diss. cit. §. 2. in elect. p. 36. sqq.
(3) L. 4. D. de bon. poss. sec. tab.
(4) *Leyser* Sp. 273. med. 2.
(5) *Leyser* l. c.
(6) *Textor* diss. de opistographo, in diss. academ. part. 1. pag. 426. sqq.

§. 449. Erfordernisse des mündlichen.

Bey dem mündlichen Testament ist nichts erforderlich, als daß der Testator vor sieben erbetenen testamentsfähigen Zeugen, in einer Sprache, die sie verstehen, seinen letzten Willen mündlich erklärt. Also die Zeugen müssen die Sprache des Testators verstehen, welches bey dem schriftlichen Testament nicht nöthig ist (*1). Meistens bringen die Zeugen, die ein mündliches Testament angehört haben, es zu Papier, um den Inhalt nicht zu vergessen. Durch diese Handlung wird das mündliche Testament nicht in ein schriftliches verwandelt.

delt. Der Satz ist wichtig wegen seiner Folgen. Wenn nemlich der von den Zeugen gemachte Aufsatz die Erfordernisse eines schriftlichen Testaments nicht hat; z. E. die Unterschrift des Testators fehlt; nicht alle Zeugen haben unterschrieben; er ist nicht untersiegelt: so ist deßwegen das Testament nicht ungültig. Denn dieses ist mündlich gemacht, und muß mit dem Aufsatz, welchen die Zeugen verfertigt haben, nicht verwechselt werden (*2).

(1) *Vinn.* ad §. 14. I. h. t. n. 2.

(2) Man s. von dieser Art Testamente *Nettelbladt* diss. de testamento nuncupativo in scripturam redacto. Hal. 1753.

§. 450. Deutsches Recht.

Heutigestages werden zwar viele Privat- und feyerliche Testamente gemacht; eben so oft aber macht man auch gerichtliche Testamente, und es ist rathsamer, diese Testir-Art zu wählen, weil es leicht möglich ist, einen Fehler bey einem Privattestamente zu begehen, wodurch es nichtig wird. Seltener sind die Testamente, welche sich auf landesherrliche Autorität gründen; doch sind sie nicht ganz ausser Uebung. Nach dem Canonischen Rechte gilt ein Testament, das vor dem Pfarrer und zwey Zeugen verfertigt ist; allein an wenigen Orten, selbst in catholischen Ländern, ist diese Verordnung angenommen (*1). In manchen Provinzen und Städten hat man eigene Gesetze oder Gewohnheiten in dieser Materie; z. E. in der Reichsstadt Frankfurt gilt ein Testament, das vor drey Rathsverwandten errichtet ist; im Würtembergischen sind fünf Zeugen hinlänglich. Wenn übrigens ein Testament den Gesetzen des Ortes, wo es gemacht wurde, gemäß ist, so gilt es an allen Orten; obgleich an diesen andere Solennitäten vorgeschrieben sind (*2). Wenn z. E. ein Hessen-Darmstädtischer Unterthan in Frankfurt krank würde, und dort sein Testament vor drey Rathsverwandten machte, so würde es gültig seyn, obgleich das Römische Recht in dieser Lehre bey uns gilt (*3). Denn die Regel ist überhaupt: wenn die Rede von der Gültigkeit eines juristischen Geschäfts ist, so muß man auf die Gesetze desjenigen Orts sehen, wo das Geschäft vorgenommen worden ist (*4).

Zuweilen wird ein Notarius mit zwey Zeugen zu dem Testamentsactus genommen, welcher dann über die ganze Handlung ein Instrument errichtet. Wozu dient dieses? Bey dem schriftlichen Testament hat es den Nutzen: man kann aus einem Notariatsinstrument sogleich beweisen, daß bey der Verfertigung des Testaments alle Solennitäten beobachtet worden sind; daß z. E. die Zeugen gehörig rogirt worden; daß sie den Testator gesehen haben, daß Einheit der Zeit und Handlung beobachtet worden sind. Bey dem mündlichen Testament hat dieses Instrument noch einen größern Nutzen. Man kann

daraus den Inhalt des Testaments beweisen, und es ist nicht nöthig, die Zeugen eidlich darüber zu vernehmen (*5).

(1) *Wahl* diss. de iusta lib. hered. instit. forma, pag. 33. sqq.

(2) *Hert.* Dec. 503. n. 12. *Heineccii* diss. de testamentifact. iur. german. arctiss. limit. passim circumscripta, §. 30. in opusc. pag. 962. *Pufendorf* tom. 1. obs. 28. p. 59. doch sehe man *Reinharth* ad *Christin.* vol. 1. obs. 32. n. 3. vol. 4. obs. 13.

(3) *Hert.* Dec. 645. n. 5. Strube rechtl. Bed. 4. Th. 46. Seite.

(4) Ob das Testament gelte, wenn ein Hessischer Unterthan in der Absicht nach Frankfurt reisete, um es dort zu machen, ist eine andere Frage. *Reinharth* ad *Christin.* IV. 15. sagt nein.

(5) Um diese Regel nicht miszuverstehen, ist *Reinharth* l. c. IV. 13. nachzulesen.

TIT. XI.

DE MILITARI TESTAMENTO.

§. 451. Was sind privilegirte Testamente?

Wer ein Privattestament machen will, muß der Regel nach alle vorgeschriebene Solennitäten beobachten, sonst ist sein letzter Wille nichtig. Indessen giebt es einige Testamente, worin 1) gar keine Solennitäten nöthig; andere 2) worin von den gewöhnlichen nur einige zu beobachten, die übrigen nachgelassen sind; noch andere 3) worin statt der gewöhnlichen, ganz eigne, besondere Feyerlichkeiten beobachtet werden müssen, deren aber doch nicht so viele, als der gewöhnlichen sind. Diese drey Gattungen von Testamenten heißen *privilegiata*, oder *minus solennia*. Ich sage: es giebt Testamente, worin alle Solennitäten nachgelassen sind. Dahin gehört a) das Testament eines Soldaten und b) das, worin eine *pia causa* eingesetzt wird. Die, worin einige Solennitäten fehlen dürfen, sind a) das zur Pestzeit, b) das auf dem Land verfertigte, und c) ein solches, worin die Intestaterben eingesetzt sind, die in einem vorhergehenden letzten Willen ausgeschlossen waren. Endlich ein Testament, in welchem ganz eigene Solennitäten vorgeschrieben sind, doch weniger als bey den solennen Testamenten, ist das, welches Eltern unter den Kindern machen. (S. die Tabelle 29. a) (*1).

(1) Daß der Nothfall allein nicht berechtige, die vorgeschriebenen Testamentsfeyerlichkeiten zu unterlassen, habe ich schon oben (§. 443. bemerkt.

§. 452. Vom militärischen Testament.

Das erste Testament also, welches gar keiner Solennitäten bedarf, ist das militärische. Schon in den ältesten Zeiten, vor den Gesetzen der 12 Tafeln, hatten die Römer ein privilegirtes militärisches Testament. Wenn nemlich die Soldaten zum Treffen aufmarschirten; ihre Schilder ergriffen, und

die Toga auf gewisse Art um sich wickelten, um bequemer fechten zu können, (welches cinctus Gabinus hieß): so konnten sie vor drey Zeugen einen Erben ernennen. Dieß Testament hieß *testamentum procinctum* oder *in procinctu factum.* Das letzte Exempel davon findet man bey Vellejus Paterc. II. 5. um das Jahr 610. Zu Cicero's Zeiten hatte man diese Testamente nicht mehr (*1). Indessen gaben Julius Cäsar, nachher Titus, Domitian, Nerva und endlich Trajan den Soldaten wieder das Recht, ohne Solennitäten zu testiren (*2). Ulpian Fragm. XXIII. 2. sagt also mit Grund, daß sich das militärische Testament in den Verordnungen der Kaiser gründe.

(1) *Cicero* de nat. Deor. lib. 2. cap. 3. Ausführlich handelt von dieser Materie *Schott* diss. de testamento in procinctu facto, in opusc. pag. 126.

(2) *Io. Abr. Ahasverus* de M. Cocceio Nerva Diss. 2. (Goett. 1752.) §. 27. sqq.

§. 453. Grundsätze von demselben.

Die bey diesem Testamente festgestellten Grundsätze sind: 1) die Ursache des militärischen Privilegiums bey Testamenten ist, wie Ulpian, L. un. D. de B. P. ex testam. mil. sagt, *functio periculorum*; das heißt, die Lebensgefahr, worin der Soldat schwebt, ist der Grund, warum er nicht an die gewöhnlichen Testamentsfeyerlichkeiten gebunden ist. Justinian sagt zwar im pr. I. h. t. die Unwissenheit, und Trajan in der L. 1. D. de testam. milit. die *simplicitas militum* sey der Grund; allein auf diese Weise müßten alle gemeine Leute ein gleiches Recht haben, bey denen dieselbe Unwissenheit und simplicitas Statt findet (*1). Eine Mitursache kann dieß indessen seyn; der Soldat versteht die Gesetze nicht, und ist auch in seiner gefährlichen Lage nicht im Stande, Rechtsgelehrte zu Rath zu ziehen.

Es fragt sich aber hiebey: haben die Soldaten zur Belohnung für die Lebensgefahren, denen sie sich zum Besten des Staats aussetzen, dieses Privilegium; können sie sich dessen also zu allen Zeiten und an allen Orten bedienen, oder ist der Soldat deßwegen privilegirt, weil er in der dringenden Lebensgefahr ausser Stand ist, die gewöhnlichen Feyerlichkeiten zu beobachten; ist also nur privilegirt, wann und solang er in Lebensgefahr ist? Nach dem antejustinianeischen Recht konnte ein Soldat zu allen Zeiten und an allen Orten sich seines Privilegiums bedienen (*2). Wie verhält es sich aber nach dem Justinianeischen Rechte? Hier ist die Sache sehr bestritten. Justinian nemlich verordnet (*3), daß wenn der Soldat sich seiner Privilegien bedienen will, er *in expeditione* seyn müsse. Nun entsteht also die Frage: was heißt expeditio, wann ist der Soldat in expeditione, wann ist er es nicht? Nach der gemeinen Meynung ist der Soldat nur alsdann in expeditione, wenn er den Feind gegen sich hat; entweder im wirklichen Gefechte ist, oder den Angriff erwartet, oder angreifen will, oder den Feind

verfolgt, oder von ihm verfolgt wird; oder eine Stadt belagert, oder in einer belagerten Stadt ist, u. d. gl. Allein manche Rechtsgelehrte behaupten, daß jeder Soldat in expeditione sey, welcher da ist, wo es der Dienst erfordert; also auch im Winterquartier, in einer ruhigen Garnison, in Friedenszeiten sey es in expeditione. Nur in dem Falle, wenn er mit Urlaub um seiner eigenen Angelegenheiten willen vom Regimente entfernt ist, sey er extra expeditionem. Die gemeine Meynung hat für sich, daß a) **Justinian** im §. 3. I. h. t. sagt, ein Soldat könne *extra castra*, und b) **Theophilus** noch bestimmter: er könne in den σεδέτοις, in dem **Standquartiere, das ihm angewiesen sey** (ἔνθα διάγειν ἀυτοὺς ἀνάγκη) nicht militärisch testiren. Gegen das erste Argument läßt sich freylich noch einwenden, castra bedeute nicht immer ein **Kriegslager**, sondern zuweilen jeden Ort, wo die Legionen, auch in Friedenszeiten, sich aufhielten. Allein gegen das zweyte Argument ist mit Grund nichts zu erinnern (*4). Nach den Deutschen Gesetzen hat die Sache weniger Zweifel. Denn die Notariatsordnung vom J. 1512. giebt den Soldaten nur alsdann das Recht, ein privilegirtes Testament zu machen, **wenn sie im Felde, oder Uebung des Streits sind.** In Friedenszeiten also haben sie es nicht; auch im Kriege nicht, wenn sie im Winterquartiere liegen, oder in einer ruhigen Garnison, wo kein Angriff zu befürchten ist (*5).

2) Der Soldat ist auf verschiedene Art privilegirt, a) in Ansehung der **Materie** des Testaments, das heißt, er ist nicht schuldig in seinem Testamente die Verordnungen zu machen, welche ein paganus, d. i. ein Bürger, der nicht Soldat ist, zu machen verbunden ist (man sehe den 454. §.); er ist auch b) privilegirt in Rücksicht auf die **Form**, d. i. er ist nicht verbunden, die äusserlichen **Formalitäten** zu beobachten, die der paganus beobachten muß (§. 455.). Endlich ist es c) ein besonderes Vorrecht, daß ein Soldat testiren kann, wenn er seines Zustandes nicht gewiß ist. Nemlich ein paganus kann kein Testament machen, wenn er nicht gewiß versichert ist, daß er ein freyer Mensch, ein Bürger und ein pater familias sey. Wenn er z. E. zweifelt, ob er ein filius oder pater familias sey, weil er nicht weiß, ob sein Vater noch lebt, und in diesem Zweifel ein Testament macht: so ist es ungültig, ob gleich der Zweifel ohne Grund, und der testator zur Zeit, als er das Testament machte, ein pater familias war. Hingegen wenn der Soldat in einem solchen Zweifel testirt, so muß man zusehen, ob der Zweifel gegründet war (das heißt, der Soldat hatte wirklich den Zustand nicht, der zur Testamentifaction gehört), oder ungegründet. Im ersten Falle ist das Testament ungültig, im letztern aber gilt es (*6).

Noch wird darüber gestritten: ob der Soldat ausser der Expedition gar kein Privilegium, **weder in Ansehung der Form noch der Materie des**

Testaments habe? Die gemeine Meynung ist, er habe keins. Einige Rechtsgelehrten (*7) aber behaupten, die Privilegien, welche dem Soldaten in Rücksicht auf die Form der Testamente zustehen (§. 455.), seyen auf die Expedition eingeschränkt. Die Vorrechte hingegen, welche ein Soldat in Ansehung der Materie habe, (§. 454.) kämen ihm zu, er möchte sich aufhalten, wo er wolle. Ohne Schein ist diese Meynung nicht, sie läßt sich aber doch nicht mit Grund vertheidigen (*8).

(1) *Vigl. Zuichem.* ad h. t. p. 71. n. 6. *Huber* praelect. h. t. n. 3.

(2) *Donell.* comm. lib. 6. cap. 28. *Costa* ad pr. I. h. t. *Schaumburg* de constit. Imp. antiq. manip. 2. obs. 6. *Bach* in Trajan. pag. 193. anderer Meynung ist *Otto* ad §. 3. h. t.

(3) L. 17. C. h. t. (VI. 21.)

(4) Unsrer Meynung sind *Vigl. Zuichem.* h. t. pag. 72. *Bachov.* ad pr. I. h. t. *Vinn.* et *Heinecc.* ibid. n. 3. *Huber* praelect. ibid. n. 3. *Manz.* de testam. val. et inval. Append. Qu. 1. n. 11. sqq. *Stryk* caut. testam. cap. 9. §. 4. *Cocceii* iur. controv. tit. de testam. mil. Qu. 3. *Lauterbach.* colleg. th. pr. eod. tit. §. 7. *Wernher* Tom. 3. obs. 238. *Boehmer* consult. Vol. 2. resp. 715. n. 4. Westphal von Testamenten, S. 739. Das Gegentheil, daß ein Soldat auch in dem Winterquartiere und einer ruhigen Garnison militärisch testiren könne, behaupten: *Braeeus* h. t. §. 3. *Cuiac.* consult. 49. *Struv.* Ex. 34. th. 4. *Strauch* diss. ad Inst. 9. th. 30. und am ausführlichsten Ludwig Gottfr. Madihn in einer Abhandlung: Soldaten haben auch in Friedenszeiten die innere Testamentsform zu beobachten nicht nöthig, Frft. an der Oder 1789. 4. Man s. auch *Pufendorf* Tom. 3. obs. 187. wo ein Testament für gültig erklärt wird, das ein Soldat kurz vor dem Abmarsche gegen den Feind gemacht hatte.

(5) Indessen behauptet Madihn am a. O. S. 21. daß auch nach diesem Gesetz den Soldaten, wenn sie gleich nicht gegen den Feind stehen, die Testamentsprivilegien zustünden; weil Maximilian nicht von beständigen Soldaten rede, dergleichen man zu seinen Zeiten noch nicht gehabt habe, sondern von Rittern. Allein es streitet mit der Geschichte, daß man zu Maximilians I. Zeiten noch keine beständige Soldaten gehabt habe.

(6) Zu den Vorrechten der Soldaten und des peculii militaris gehört noch weiter, daß wenn ein Soldat über seine bona castrensia testiret hat, und sich nachher arrogiren läßt, desgleichen wenn ein filius familias über sein peculium castrense oder quasi castrense testiret hat, und emancipirt wird, das Testament durch die Capitis Deminution, die in beyden Fällen geschieht, nicht irritum wird. §. 5. I. h. t. ibique *Vinn.* in not. et commentar. Viele Ausleger rechnen auch zu militärischen Privilegien, wenn es §. 2. I. h. t. heißt: surdus et mutus miles testamentum facere potest. Man s. aber §. 456.

(7) *Ludovici* comp. dig. h. t. §. 3. *Hommel* (*Ferd. Aug.*) diss. de exigua diff. inter testamentum militis et pagani in hostico conditum, § 23. Madihn am a. O. S. 23. rc. *Heinr. Io. Otto Koenig* diss. quamdiu valeat testamentum militare, pag. 11.

(8) Denn Justinian sagt §. 6. I. de exhered. lib. wenn ein Soldat *in expeditione* ein Testament mache, und seine Kinder übergehe, so gelte die Präterition als eine Enterbung.

§. 454. Privilegium in Ansehung der Testamentsmaterie.

Die Privilegien, welche der Soldat bey der Materie, bey dem Inhalt des Testaments hat, sind 1) daß er Personen zu Erben einsetzen kann, die sonst nicht erbfähig sind, z. E. unprivilegirte Gesellschaften. (Man sehe §. 485. 486.). 2) Er kann seine Kinder, Eltern und Geschwister enterben, und mit Stillschweigen übergehen. Sie können daher auch die Klage nicht gegen das Testament anstellen, welche den enterbten Kindern, Eltern und Geschwistern eines Nichtsoldaten zustehet, querelam nullitatis und inofficiosi. 3) Wenn ihm nach Verfertigung seines Testaments noch ein Kind gebohren wird, so wird dadurch das Testament an sich noch nicht ungültig; wofern er nemlich zur Zeit des Testamentes gewußt hat, daß der posthumus kommen würde (*1). Er kann über einen Theil seines Vermögens testiren, und in Ansehung des Ueberrestes die Intestaterbfolge gelten lassen (pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest). Z. E. wenn der Soldat sagt: A. soll mein Erbe seyn, aber nur auf ein Drittheil meines Vermögens, so bekommt A. auch nicht mehr, als ein Drittheil. Die andern zwey Drittheile fallen auf die Intestaterben. Sagt er: A. soll Erbe seyn, doch nur auf mein Haus, so bekommt A. nur das Haus (*2). 5) Er kann mehrere Testamente machen. Dieß ist so zu verstehen: wenn ein Soldat mehrere Testamente hinterlaßt, so streiten sie entweder mit einander (z. E. in jedem ist ein Universalerbe ernannt), oder nicht; z. E. in einem ist A. auf $\frac{1}{4}$, im andern B. auf $\frac{1}{4}$ eingesetzt; oder im ersten ist A. zum Erben des Hauses, im zweyten aber B. als Erbe des Landgutes eingesetzt u. dgl. Streiten die Testamente nicht, so gelten sie alle. Streiten sie hingegen, so hat entweder der Soldat erklärt, daß sie zusammen gelten sollen, oder nicht. Hat er dieses erklärt, so gilt seine Declaration. Die mehreren eingesetzten Universalerben werden als Miterben angesehen, und theilen sich in die Erbschaft (*3). Wenn aber der Soldat eine solche Erklärung nicht gethan hat, so gilt das letzte Testament, und das erste wird für aufgehoben geachtet. 6) Ein Soldat kann einen directen Erben in einem Codicill ernennen. Dieß ist eigentlich widersprechend; denn ein letzter Wille, worin ein directer Erbe ernannt ist, ist ein Testament, und ein Codicill heißt der letzte Wille, welcher keine directe Erbeseinsetzung enthält. Indessen passirt dem Soldaten auch diese contradictorische Disposition. Wenn nemlich ein Soldat declarirt, daß sein letzter Wille kein Testament, sondern ein bloßes Codicill seyn solle, indessen darin doch einen directen Erben ernennt, so ist die Einsetzung gültig. 7) Er kann substituiren, wie er will. Dieser Satz wird im 512. §. erst deutlich gemacht werden können. Endlich kann der Soldat 8) mehr vermachen, als das Falcidische Gesetz erlaubt. Auch dieser Satz läßt sich hier nicht erklären, sondern wird erst im 22sten Titel verständlich werden (*4).

(1) L. 7. D. L. 10. C. (VI. 21.) de testam. mil. Diese Privilegien der Soldaten (n. 2. und 3.) sind durch die Nov. 115. cap. 3. 4. und Nov. 123. cap. 19. nicht aufgehoben; *Vinn.* ad §. 6. I. de exhered. lib. n. 1. *Püttmann* opusc. pag. 25. sie gelten auch in der Praxis. *Harpprecht* diss. de testam. pagani in hostico, n. 116. *Reinharth* diss. de exheredat. bona mente, p. 12. sqq. Einige z. E. *Westenberg* tract. de port. legit. cap. 2. §. 29. behaupten, die Kinder eines Soldaten könnten doch den Pflichttheil vermittelst der conditionis ex lege fordern. Ich zweifle aber auch daran.

(2) Nur wird vorausgesetzt, daß man versichert seyn muß, der Soldat habe wollen pro parte testatus sterben. Man s. davon *Reinharth* ad *Christin.* IV. 18 p. 14.

(3) Wie aber, wenn ein paganus im zweyten Testament sagte, er wolle hiedurch sein erstes Testament nicht aufgehoben haben; was ist Rechtens? Wenn aus der Erklärung des Testators oder aus den Umständen erhellet, daß das erste Testament als ein Fideicommiß gelten soll: so ist die Sache klar. Der im letzten Testament eingesetzte Erbe tritt die Erbschaft an, und restituirt sie dem im ersten Testament ernannten. L. 12. §. 1. D. de iniusto, rupto, irr. Aber wenn dieß nicht erhellet, können nun beyde Testamente iure directo gelten, und die darin ernannten Erben als Miterben angesehen werden? *Stryk* caut. testam. cap. 24. §. 59. *Mollenbec.* diss. de duobus testam. simul validis, cap. 1. §. 4 und Andere behaupten, daß auch in diesem Fall das erste Testament nur als ein Fideicommiß bestehen könne. Ich bin aber von der Richtigkeit dieser Meynung nicht überzeugt. Wenigstens läßt sie sich meines Erachtens in Deutschland nicht anwenden. *Voet.* ad Pand. tit. de iniust. rupt. irrit. §. 8.

(4) In einigen Stücken ist der Soldat nicht privilegirt. Er kann keinen Ketzer zum Erben einsetzen. L. fin. C. de haeret. (I. 5) Er ist an legem Aeliam Sentiam gebunden; (§. 87.) L. 29. §. 1. D. h. t. Die conditio iurisiurandi ist auch in einem Soldatentestamente verboten, L. 29. §. 2. cit. (§. 492.) und überhaupt eine jede schändliche Bedingung wird auch hier für nicht beygefügt angesehen, L. cit. (§. 493.) Er darf so wenig, als ein paganus eine captatorische Disposition machen. L. 11. Cod. h. t. (VI. 21.) (§. 579.) Etwas besonderes ist es, daß eine Weibsperson, die mit einem Soldaten in Unzucht gelebt hat, mulier, in quam turpis suspicio cadere potest, wie L. 41. §. 1. h. t. sagt, oder quae stupro cognita in contubernio militis fuit, wie es in der L. 14. D. de his quae ut indign. heißt, aus einem militärisch errichteten Testament nichts erhalten kann, da doch ein Nichtsoldat solchen Weibspersonen etwas hinterlassen darf, und nur in Ansehung einer, mit welcher er Ehebruch begangen hat, ein anders Statt findet. L. 13. D. de his quae ut indign. *Voet.* h. t. n. 3. Einer Concubine konnte der Soldat etwas hinterlassen. *Vryhof* orat. adiect. Eiusd. observ. iur. civ. pag. 19. Anderer Meynung sind *Bauer* diss. de substitut. milit § 10. und mehrere. Von dem heutigen Gebrauch der L. 41. s. *Eisenharth* progr. ad h. l. in opusc. p. 201. sqq. und in seinen Rechtshändeln 3. B. 618. u. f. f. Auch *Müller* ad *Leyser* Obs. 579. handelt von dieser Materie weitläuftig.

Außer diesen ist noch zu bemerken, daß ein Soldat, welcher sich seines militärischen Rechtes bedienen will, dieses zu erkennen geben müsse. Thut er dieß nicht, so ist zu vermuthen, daß er nach dem gemeinen Rechte habe testiren wollen. *Reinharth* l. c. IV. 18. pag. 14.

§. 455. Privilegien bey der Testamentsform.

Die militärischen Privilegien bey der Form des Testaments sind, 1) daß der Soldat zu dem schriftlichen Testament gar keine Zeugen zu nehmen braucht. Es ist genug, wenn man versichert ist, daß er es ge- oder unterschrieben habe (*1). 2) Will er ein mündliches Testament machen, so hat es nur zwey Zeugen nöthig (*2), und diese sind nicht der Solennität, sondern nur des Beweises wegen da. Sie brauchen also nicht feyerlich rogirt zu seyn (*3); er kann solche Personen zu Zeugen nehmen, die im Testament eines pagani nicht zulässig sind, z. E. Weibspersonen (§. 445.). 3) Nur das einzige wird erfordert, daß man versichert seyn muß, der Soldat habe im Ernst und wohlbedächtlich einen zum Erben eingesetzt. Wenn er also discursweise zu seinem Cameraden sagt: du sollst mein Erbe seyn, du sollst einmal alles haben, wenn ich sterbe, so kann dieß nicht als ein Testament gelten (*4).

(1) Die Hauptstelle ist das Rescript K. Trajans, welches §. 1. I. h. t. und L. 24. D. eod. enthalten ist. Daß ein Soldat zu einem schriftlichen Testament keine Zeugen nöthig habe, ist zwar nicht unbestritten, aber doch die richtigere Meynung, weil die Hand des Testators ein hinlänglicher Beweis ist, und zu einem Soldatentestament nichts weiter erfordert wird, als daß der Wille des Testators erwiesen sey. L. 3. C. de testam. mil. (VI. 21.)

(2) Denn es heißt: convocatis *hominibus* im Rescript, und Ein Zeuge macht keinen vollen Beweis. *Theophilus* pr. I. h. t. sagt, ein Soldat könne vor Einem Zeugen testiren. *Reiz* p. 347. will ihn damit vertheidigen, er rede vom schriftlichen Tstament. Allein darin sind, wie ich in der vorigen Anmerkung zeigte, gar keine Zeugen nöthig.

(3) Einige Rechtsgelehrten, z. E. *Hunn.* resolut. p. 418. erfordern die Rogation der Zeugen in einem militärischen Testament, weil es in dem Rescript heisse: *convocatis ad hoc* hominibus. Andere, als *Vinn.* ad § 1. I. h. t. n. 3. behaupten mit mehr Grund, daß eine solenne Rogation nicht erforderlich ist, wohl aber dieses, daß entweder die Zeugen zur Testamentserrichtung zusammenberufen worden sind, oder daß, wenn sie ohnehin versammelt waren, der Testirer ihnen erklärt hat, sie sollten Zeugen seines letzten Willens seyn. Denn wie kann man außerdem wissen, daß der Soldat die ernstliche Absicht gehabt habe, ein Testament zu machen?

(4) K. Trajan sagt in dem angeführten Rescript: caeterum si (ut plerumque sermonibus fieri solet), dixit alicui: Ego te heredem facio, aut: bona mea tibi relinquo: non oportet hoc pro testamento observari. Nec aliorum magis interest, quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, eiusmodi exemplum non admitti. Alioquin non difficulter post mortem alicuius militis testes existerent, qui affirmarent, se audisse dicentem aliquem relinquere se bona, cui visum sit. Et per hoc vera iudicia subverterentur.

§. 456. Von dem Recht einiger Personen, welche keine Soldaten sind, militärisch zu testiren.

Das Privilegium, welches den Soldaten in Ansehung der Testamente ertheilt ist, kommt auch in gewisser Maaße allen andern Personen zu, die mit den Sol-

Soldaten im Felde sind, und sich in gleicher Lebensgefahr befinden. Dahin gehören 1) solche, die Amts halber mit im Felde sind, Feldprediger, Auditeure, Chirurgi, Feldapotheker, Commissäre, Feldbecker u. dgl. 2) Auch diejenigen, die sich freywillig bey der Armee aufhalten, z. E. Soldatenweiber, Volontäre, Marquetenter, Spionen u. dgl. Ich sage, es kommt ihnen in gewisser Maaße zu. Der Unterschied zwischen ihnen und einem Soldaten ist, daß sie a) nicht anders als bey einer ganz nahen Gefahr, si in hostico d. i. hostili loco deprehenduntur, wie Ulpian sagt (*1), militärisch testiren können (*2); also während des Treffens, oder wenn die Armee in Schlachtordnung steht, oder doch die Anstalten zur Schlacht gemacht werden; ferner wenn der Feind sie verfolgt; wenn sie in einer belagerten Stadt sind u. s. w. b) Daß ihr Testament nur alsdann gültig ist, wenn sie in derselben Gefahr, in der sie testiren, umkommen (*3), welches bey Soldaten anders ist, wie wir im folgenden Abschnitt sehen werden (*4). Was Heineccius noch am Ende dieses Paragraphs sagt: etiam surdi et muti nondum missi, ein Soldat, der taub und stumm geworden sey, könne, so lange er seinen Abschied noch nicht erhalten habe, militärisch testiren, gehört zwar nicht hierher; da es indessen hier steht, so bedarf es einer Erklärung. Ulpian und Justinian (*5) sagen, ein tauber und stummer Soldat könne ein Testament machen. Nun entstehen aber die Zweifel: 1) wie kann ein taubstummer Mensch Soldat seyn? 2) Warum wird es unter die militärischen Privilegien gezählt, daß ein taubstummer Soldat testiren könne, da es auch einem taubstummen Nichtsoldaten, wenn er seinen Willen mit Worten erklären kann, verstattet ist (§. 468.)?. Der erste ist leicht zu heben. Man muß voraussetzen, daß ein Soldat durch Verwundung oder innerliche Krankheit taubstumm wird, aber seinen Abschied noch nicht erhalten hat. Den zweyten hat man auf verschiedene Art zu lösen gesucht (*6). Die natürliche Auflösung ist meines Erachtens diese: zu Ulpians Zeiten hatte ein taubstummer Nichtsoldat noch nicht das Recht zu testiren, damals war dieß noch ein militärisches Vorrecht. Durch Justinians Verordnung haben die Taubstummen überhaupt das Recht zu testiren erhalten. Die Verfasser der Institutionen dachten daran nicht, und schrieben dem Ulpian seinen Satz ohne Ueberlegung nach.

(*1) L. 44. D. de testam. mil. (vergl. L. 16. C. h. t. welche durch die im §. angeführten Einschränkungen mit den Stellen der Pandecten zu vereinbaren ist. Westphal von Testamenten §. 729. rc. An einem andern Ort, L. un. D. de B. P. ex testam mil. sagt Ulpian: non dubium est, quin debeant ratae voluntates esse eorum, qui in *hosticolo* suprema iudicia sua quoque modo ordinassent. Ueber das Wort hosticolo haben die Critiker viel geschrieben. Man s. *Bynkershoek* obs. lib. 4. cap. 20.

(*2) *Harpprecht* diss. de testamento pagani in hostico condito, part. 2. n. 80. seqq. *Hofacker* princ. jur. civ. Rom. Germ. §. I. 368. u. das. angef. DD.

(3) *Harppreckt* l. c. §. 93. seqq. *Koenig* l. c. §. 11.

(4) Ob dergleichen Leute blos in Ansehung der Form, oder auch in Rücksicht auf die Materie des Testaments privilegirt sind, ist zweifelhaft. Jenes behauptet *Koenig* l. c. p. 25. und *Hofacker* l. c. dieses *Harppreckt* l. c. §. 21. sqq. §. 52. sqq. — — L. 44. D. h. t. unterscheidet hier nicht; vergl. L. 3. D. de constit. princip. W.

(5) L. 4. D. §. 2. l. h. t.

(6) *Vinn. Heinecc.* et *Otto* ad d. §. 2.

§. 457. Fortsetzung.

Wenn ein paganus ein Testament ohne gehörige Solennitäten gemacht hat, und darauf Soldat wird, so wird das Testament nicht gültig; außer wenn er, und zwar *in expeditione*, durch Worte oder Werke zu erkennen giebt: er wolle, daß es gelten solle (*1). Ich sage durch Worte, d. i. schriftlich oder vor zwey Zeugen; durch Werke; dergleichen sind z. E. wenn der Soldat das Testament wieder durchgelesen und versiegelt hat, oder das erste Siegel erbricht, und ein neues darauf setzt, oder etwas im Testament ändert, zusetzt u. dgl. 2) Wenn ein Soldat ein militärisches Testament gemacht hat, so bleibt er entweder Soldat, und stirbt in diesem Stande, oder bekommt seinen Abschied. Im ersten Falle gilt das Testament beständig, er mag so lang leben als er will. Im letzten hingegen muß man zusehen, aus welcher Ursache der Abschied erfolgt. Ist es a) ein ehrenvoller Abschied (missio honesta), welchen bey den Römern ein Soldat erhielt, wenn er so viele Jahre gedient hatte, als jeder Bürger dienen mußte (*2); oder b) wird der Soldat wegen seiner Blessuren, Kränklichkeit u. dgl. als Invalide verabschiedet (die Römer sagen, si missio causaria est); so gilt das Testament noch Ein Jahr lang; das heißt, wenn er stirbt, ehe Ein Jahr nach erhaltenem Abschied verflossen ist, so gilt das Testament; stirbt er nach Verlauf eines Jahrs, so gilt es nicht. Endlich c) wenn er eines Verbrechens wegen seinen Militärstand verliert (si missio ignominiosa est), so verliert das Testament sogleich seine Gültigkeit (*3). Nach erhaltenem Abschied kann ein Soldat nicht mehr militärisch testiren (*4).

(1) Marcellus sagt: L. 25. D. h. t. sehr gut: constitutionibus enim Principum non *militum testamenta*, sed *quae a militibus facta* sunt, confirmantur. Ein anderes scheint zwar Ulpian in der L. 15. §. 2. D. h. t. zu behaupten, wo es heißt: testamentum ante militiam factum a milite, si in militia decesserit, iure militari valet, *si militis voluntas contraria non sit*. Aber man sehe *d'Espeisses* oeuvres, tom. 2. p. 37. (tertio). *Vinn.* ad §. 4. h. t. n. 3.

(2) Daß diese Verabschiedete *veterani* hießen, ist oben §. 62. bemerkt worden.

(3) *Koenig* diss. cit. Man s. auch *Wilh. Matthaei* diss. de triplici missione militari, in *Oelrichs* thesaur. nov. diss. Belgicar. vol. 3. Tom. 2. n. 4.

(4) *Leyser* sp. 366. m. 1. ibique *Müller*. Wenn ein veteranus wieder zur Armee gieng, und Militairdienste that (§. 62. Not. 13.); so hatte er auch die militärischen Privilegien wieder. — Von Codicillen, welche nach erhaltenem Abschiede,

dem militärischen Testamente hinzugefügt worden, s. L. 17. §. 4. D. h. t. Westphal von Testament. §. 732. W.

§. 458. Ob ein filius familias militärisch testiren kann?

1) Ein filius familias kann kein Testament machen, er sey Soldat, oder Veteran, oder paganus. 2) Eine Ausnahme findet Statt, wenn er ein peculium castrense, oder quasi castrense hat (*1). Darüber kann er testiren, und zwar dergestalt, daß weder seine Kinder noch Eltern gegen das Testament die querelam inofficiosi anstellen können (*2). 3) Ist der Sohn, welcher über ein solches peculium testiren will, in dem Falle, daß er militärisch testiren kann, so hat er auch die Privilegien, welche in diesem Fall eintreten. Ausserdem aber muß er die gemeinen Rechte beobachten. Wenn also z. E. ein Soldat außer der Expedition über sein peculium castrense testiren will, so muß er es auf die gewöhnliche Art thun. Man s. auch noch von dieser Materie §. 466.

(1) Anfangs hatten nur wirkliche Soldaten das Recht, über ihr peculium castrense zu testiren. Hadrian aber erlaubte jedem filio familias, über dergleichen peculium ein Testament zu machen. Was also zuvor ein Privilegium der Personen war, wurde nun ein Vorrecht der Sachen. Endlich wurde dem peculio quasi castrensi ein gleiches Recht ertheilt, p. I. quibus non est permissum etc. ibique *Vinnius*.

(2) Allein ist dieß nicht durch die Nov. 115. aufgehoben? Ich halte dafür, daß es durch die Worte, cap. 4 sancimus itaque, non licere liberis parentes suos praeterire, aut quolibet modo *a rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam*, eos omnino alienare, allerdings geschehen ist. Nur alsdann, wenn der Sohn Soldat ist, und über sein peculium castrense militärisch testiret, kann er seine Eltern ausschließen. *Fachinaeus* controv. lib. 6. cap. 74. *Bachov* ad *Wesenb* tit. de inoff. test. n. 9 *Vinn.* ad §. 1. Inst. de inoff. testam. n. 3. Anderer Meynung sind *Lauterbach* colleg. eod. tit. §. 28. *Bauer* de peculio quasi castrensi studiosorum §. 33. in opusc. part. 1. p. 71. *Glück* opusc. fascic. 3. p. 210.

§. 459. Deutsches Recht.

Nach dem Römischen Recht kann ein Soldat in der Expedition ein mündliches Testament vor zwey, ein schriftliches ohne alle Zeugen machen. Die Notariat-ordnung Kaiser Maximilians I. aber distinguirt zwischen einem Soldaten, der im wirklichen Gefecht ist, und einem solchen, der zwar gegen den Feind steht, aber doch nicht im Gefechte, oder, wie die Worte heißen, nicht in Uebung des Streits ist. Jener kann testiren, wie es das Römische Recht erlaubt; dieser hingegen muß zwey Zeugen zuziehen, er mag nun mündlich oder schriftlich testiren (*1). Dieses Gesetz beruhet auf der Meynung der Glossatoren ad §. 1. I. h. t., welche glauben, daß jene Distinction zwischen einem Soldaten, der im Felde, und einem, der im wirklichen Streit ist, auch schon im Römischen Recht gegründet sey (*2).

(1) *Grassi* collat. iur. rom. Recess. Imperii p. 140. sqq. *Reinharth* ad *Christ.* vol. 4. obs. 9.

(2) Auch Donellus, Hunnius und Andere behaupten dieses; aber s. dagegen *Evenkel* de privil. milit. lib. 2. privil. 16. n. 62. sqq. Die Meynung einiger ältern Juristen, daß die militärischen Privilegien bey Testamenten heutigestags außer Uebung seyen, widerlegt *Rebhan* paralipom. Dec. 5. Qu. 1.

§. 460. Vom Testament der Eltern unter den Kindern.

Das zweyte privilegirte Testament ist das, welches Eltern unter Kindern machen. Man versteht darunter ein Testament, worin Ascendenten, Vater oder Mutter, Großvater oder Großmutter u. s. w. erklären, welches Kind oder Enkel erben, und wie viel jedes bekommen soll. Zur Zeit der classischen Juristen war dieses Privilegium noch ganz unbekannt. Erst durch Gesetze von Constantin, Theodosius und Justinian ist es festgesetzt (*[1, a]). Der Grund des privilegii ist die Ehrerbiethung, welche die Kinder den Eltern schuldig sind, und welche nicht leidet, daß sie das Testament der Eltern wegen einer mangelnden Feyerlichkeit bestreiten (*[1, b]). Das privilegium selbst besteht darin: die Eltern testiren entweder mündlich oder schriftlich. Im ersten Falle sind zwey Zeugen erforderlich, doch nur zum Beweis, nicht der Solennität wegen. Im letzten Falle sind keine Zeugen nöthig (*[2]), sondern nur folgende Puncte zu beobachten: a) die Eltern müssen das Testament schreiben oder unterschreiben. b) Den Erbtheil, welchen jedes Kind haben soll, deutlich, das heißt mit Buchstaben oder mit Ziffern schreiben (*[3]). Z. E. man muß schreiben: mein ältester Sohn soll ein Siebentheil haben; und nicht er soll ein $\frac{1}{7}$ haben. c) Das Datum, Jahr und Tag muß beygesetzt werden. Der griechische Text der 107. Novelle erfordert zwar dieß nicht. Er sagt nur: wenn die Eltern das Datum beysetzen wollen, so sollen sie es mit eigner Hand thun (*[4]). Nach der gemeinen Uebersetzung (versione vulgata) hingegen ist es nöthig, und da diese in der Praxis gilt (vergl. jedoch §. 12. Note 10.), die Beyfügung des Datums auch einen guten Grund hat (*[5]): so ist sie nicht zu unterlassen (*[6]).

Ich habe gesagt: im Testament unter Kindern werde bestimmt, welches von den Kindern erben solle. Also ist es auch erlaubt, in diesem Testamente Kinder zu enterben; denn in einem letzten Willen, worin man Erben ernennen kann, darf man auch enterben, und da man in allen übrigen privilegirten Testamenten die Kinder enterben kann, so muß es auch in diesem geschehen dürfen (*[7]). Indessen sind viele Rechtsgelehrte (*[8]) anderer Meynung.

Ferner habe ich gesagt: das mündliche Testament der Eltern unter Kindern erfordere nur zwey Zeugen. Auch dieses ist noch nicht ausgemacht. Denn verschiedene Juristen läugnen, daß die Eltern unter Kindern ein privilegirtes mündliches Testament machen können (*[9]). Die bejahende Meynung aber

läßt sich nicht nur nach den Gesetzen vertheidigen, sondern ist auch in der Praxis angenommen (*[10]).

Erste Anmerkung. Können die Eltern, welche unter Kindern testiren, eine fremde Person einmischen; das heißt, eine Person zum Erben ernennen, oder mit einem Vermächtniß bedenken, die nicht in der Zahl der Kinder ist? Z. E. wenn der Vater ein Testament unter den Kindern macht, kann er seine Ehefrau mit einsetzen, oder ihr etwas vermachen? Daß keine fremde Person zum Erben eingesetzt werden könne, ist gewiß (*[11]). Aber kann sie ein Vermächtniß bekommen? Hier hat man drey verschiedene Meynungen. Die erste ist: es könne geschehen, und es würde weiter nichts erfordert, als was auch außerdem in diesen Testamenten erforderlich ist (*[12]). Die zweyte: es müssen zwey Zeugen zugezogen werden (*[13]); demnach könnte in jedem mündlichen Testamente unter Kindern einer fremden Person etwas vermacht werden, weil da ohnehin zwey Zeugen erforderlich sind; das schriftliche hingegen müßte von zwey Zeugen unterschrieben seyn, wenn das Vermächtniß gelten sollte. Die dritte Meynung endlich ist: das Vermächtniß erfordert zu seiner Gültigkeit fünf Zeugen, und dieser gebe ich Beyfall (*[14]).

Zweyte Anmerkung. Von dem Testament der Eltern unter Kindern ist die bloße Vertheilung, welche Eltern unter Kindern machen (divisio inter liberos) unterschieden. Im Testament werden die Kinder zu Erben eingesetzt, bey einer Theilung werden sie als Erben angenommen (supponuntur); sie erben ab intestato, und wenn einem Kinde mehr als dem andern zugetheilt wird, so ist dieß als ein Präkezat anzusehen (*[15]).

(1 a) L. 26. C. famil. hercisc. (III. 26.) L. 21. § 1. C. de testam. (VI. 23.) Nov. 107. *Frankenfeld* diss. de discrimine nudae divisionis et testamenti parentum inter liberos, (Goett. 1792.) §. 1-8.

(1 b) *Enenkel* de privileg. parent. et liberor. privil. 15. cap. 1. n. 6. Gilt eine privilegirte Disposition, welche die Eltern unter ihren Kindern machen, als ein Testament, oder als eine Disposition unter den Intestaterben (ultima voluntas intestati?) *Walch* controvers. p. 317. (edit. III.) hat die Vertheidiger und Gründe beyder Meynungen angeführt. Er nimmt die erste an, und ich trete ihm bey. Nirgends wird in den Gesetzen eine solche Disposition ein Codicill genannt, sondern immer heißt sie ein Testament. Die Frage ist übrigens nicht ohne practischen Nutzen, denn sie hat Einfluß auf die andere Frage: ob in einem unter den Kindern errichteten Testamente eine Enterbung Statt finde. *Frankenfeld* l. c. §. 16.

(2) Die Notariatsordnung vom Jahr 1512. Tit. von Testamenten §. 2. erfordert zwar überhaupt zwey Zeugen im Testament der Eltern. Allein, da ihre Vorschrift undeutlich ist, so erklärt man sie billig, dem Römischen Recht gemäß, nur von mündlichen Testamenten. *Wernher* part. 5. obs. 154. S. auch *Spitz* diss. quaest. forens. div. quaest. 1. (Erf. 1769.) Meditationen für Rechtsgelehrte. 195. Medit.

(3) *Pufendorf* tom. 3. obs. 5. Strube rechtl. Bed. 4. Theil, 27. Seite. Wenn indessen die Ziffern ganz deutlich sind, daß keine Ungewißheit Statt findet, so wollen einige das Testament nicht für ungültig halten, weil Justinian nur ungewöhnliche Abbreviaturen und *notas*, keineswegs aber bekannte Ziffern verboten habe. *Enenckel* l. c. cap. 2. n. 10. *Boehmer* consult. vol. 2. part. 2. p. 26. Anderer Meynung ist *Ludwell* tract. de ult. volunt. p. 339.

(4) *Pufendorf* l. c.

(5) Wenn nemlich kein Datum unter dem Testament steht, so ist man nicht versichert, daß es zu seiner Vollkommenheit gekommen ist. Es kann ein Project, ein Entwurf seyn, dergleichen zuweilen die Eltern aufsetzen, ohne die Absicht, daß es dabey bleiben solle.

(6) *Leyser* sp. 367. med. 3. *Wahl* diss. de iusta lib. hered. instit. forma, p. 18. Doch s. man *Koenig* diss. de parent. inter lib. disponent. §. 7. Die Worte der Novelle sind: Nos igitur omnia clara et aperta consistere volentes (quid enim sic proprium est legum sicut claritas, maxime super defunctorum dispositionibus) volumus, si quis literas sciens, inter suos filios voluerit facere dispositionem, primum quidem eius subscriptione tempus declaret; deinde quoque filiorum nomina propria manu, ad hoc uncias, in quibus scripsit eos heredes, non signis numerorum, sed per totas literas declarandas, ut utique clarae et indubitatae consistant. Verschiedene z. E. *Engau* part. 2. decis. 91. n. 2. decis. 155. n. 1. *Reinharth* ad *Christ.* vol. 4. obs. 17. n. 10. p. 12. *Grupen* discept. for. cap. 3. §. 5. pag. 293. behaupten, das vierte Erforderniß eines solchen Testaments sey, daß die Eltern alle Kinder mit Namen nennen, und diese Namen mit eigener Hand und ohne Abkürzungen schreiben müßten. Allein daß die Kinder schlechterdings, und zwar alle, mit Namen genannt werden sollen, steht nicht im Gesetz. Warum sollen die Eltern nicht sagen dürfen: ich setze meine drey Kinder ein rc. mein jüngster Sohn, meine älteste Tochter rc. *Wahl* diss. de iusta liberos instituendi forma §. 19. Daß die Namen nicht mit Abkürzungen geschrieben werden sollen, ist gar nicht verordnet. Und ob die Eltern die Namen der Kinder mit eigener Hand schreiben müssen, ist zweifelhaft, indem Justinian bey solennen Testamenten seine Vorschrift, den Namen des Erben mit eigener Hand zu schreiben, wieder aufgehoben hat. (§. 446.) *Leyser* sp. 367. med. 5. *Pufendorf* tom. 3. obs. 5. §. 2. Indessen ist freylich dieses Argument nicht ganz überzeugend. Denn der Satz, was in den feyerlichen Testamenten nachgelassen ist, kann auch in einem nichtfeyerlichen unterbleiben, ist nicht außer Zweifel; *Zoller* diss. de liberis exheredibus in testam. minus solenni parent. (Lips. 1765) pag. 9. *Müller* ad *Leyser* l. c. Endlich wollen auch fünftens einige Rechtsgelehrten, z. E. Grupen am a. O., daß das Datum nicht abgekürzt, und nicht mit Ziffern geschrieben werde, z. E. nicht den 10. Jan. sondern: den zehenten Januar. Davon steht aber kein Wort in der Novelle. — — Ueberhaupt wird von andern Rechtslehrern behauptet, daß die in der Nov. 107. bestimmten Formen sämmtlich nur der Gewißheit wegen und keineswegs als Solennitäten vorgeschrieben worden sind, und daß also der letzte Wille, wenn sonst die Wahrheit desselben nicht bestritten wird, wegen einer bloßen Nichtbeobachtung jener Formen, nicht zu verwerfen sey; *Hommel* rhaps. quaest. obs. 354. hält

besonders dafür, daß die Sache doch als divisio parentum inter liberos immer noch aufrecht zu erhalten sey. W.

(7) *Cocceii* iur. controv. tit de test. mil. quaest. 10. *Stryk* caut. testam. cap. 10. §. 18. *Lauterbach* coll. th pr. h. t. §. 31. *Weidling* diss. de testam. quae parentes ex privilegio Nov. 107. inter lib. suos condere possunt, §. 23. *Reinharth* diss. de exheredat. bona mente, p. 6.

(8) *Faber* error. pragmat. dec. 36. error. 5. *Struv.* Ex. 30. th. 19. *Walch* controvers. pag. 329. edit. III. *Wiesand* obs. iur. rom. et saxon. spec. 11 n. 2. *Wahl* l. c. p. 47. *Rivinus* in diss. de filio in testamento parentum privilegiato non exheredando, Lips. 1752. Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien, S. 325. ꝛc. der 2. Ausgabe. *Frid. Gottl. Zoller* diss. cit. *Ge. Henr. Aldringen* diss. de filio in imperfecto parentis inter liberos testamento ne bona quidem mente exheredando (Aug. Treviror. 1785.) §. 14. seqq.

(9) *Faber* l. c. dec. 35. err. 4. *Gott. Lud. Mencken* diss. de testamento par. inter lib. iure civili sine scriptura invalido, in opusc. n. 19. *Walch* controvers. p. 321. edit. III. *Müller* ad *Leyser* obs. 569.

(10) Wahr ist es, daß in keinem Gesetz von solchen mündlichen Testamenten die Rede ist; allein nirgends sind sie doch untersagt, und es ist nicht einzusehen, warum das, was die Eltern vor zwey unverwerflichen Zeugen erklären, nicht eben so gültig seyn soll, als was sie schreiben oder unterschreiben. *Vinn.* sel. quaest. lib. 2. cap. 18. *Crassi* collat. iur. rom. cum Recess. Imper. p. 159. *Struv.* Ex. 33. th. 18. ibique *Müller* not. ϴ. *Leyser* spec. 377. med. 10. cor. 2. *Slevogt* diss. de testam. inter lib. parent. p 56. sqq. *Io. Tob. Carrach* diss. de disposit. par. inter lib. nuncupativis. Hal. 1757.

(11) L. fin. C. famil. hercisc. (III. 36.) L. 21. §. 1. C. de testam. (VI. 23.) Daß in dem Falle, wenn Großvater oder Großmutter ein Testament unter ihren Kindern und Enkeln ohne Feyerlichkeit machen, auch die Enkel, deren Eltern noch leben, als fremde Personen anzusehen seyen, behaupten *Pufendorf* Tom. 2. obs. 30. *Aldringen* diss. cit. §. 9. sqq. Man s. aber *Franckenfeld* l. c. pag. 30.

(12) *Schilter* Ex. 38. th. 125. Hertel polit. Thee- und Caffeetasse, 103. Gout 263 Seite.

(13) Diese Meynung soll in der Praxis angenommen seyn. *Cocceii* iur. controv. h. t. q. 9. *Ludolf* symphor. tom. 2. consult. 6. p. 258. *Keyser* spec. 367. med. 6 Cramer Nebenst. 44. Theil, 3. Seite. *Harpprecht* diss. de admixtione personae extraneae in disposit. par. int. lib. n. 239. Decis. Casselan. tom. I dec. 21. *Müller* ad *Leyser* obs. 568. Der angebliche Gerichtsbrauch wird aber von Andern als ungegründet verworfen. Man s. *Stryk* und *Boehmer* ll. cc. desgleichen *Manz.* de testam. valido vel inval (edit. tert.) append. p. 1177 n 26. Die dritte Ausgabe dieses Buchs enthält nicht nur viele Zusätze zu dem Mainzischen Text, sondern auch acht ganz neue Capitel.

(14) Nach der L. 21. §. 1. C. de testam von Theodosius und Valentinian gelten die legata extraneo relicta in testamento parentum inter liberos ex sola scriptura parentis nicht. Justinian verordnet aber in der Nov 107. cap. 1. wenn der Testator seiner Ehefrau, oder andern Personen legata oder fideicommissa hinterlassen wolle, und diese Verordnung mit eigener Hand schreibe, darauf auch vor Zeugen erkläre, daß er alles im Testament Verordnete gehalten

wissen wolle: so sollten die Legate und Fideicommisse gültig seyn. Wenn also gleich die Zeugen das Testament nicht unterschreiben, so gilt es dennoch; testatoris manus et lingua habet omnem virtutem chartae praebitam, wie er sagt. In der Auth. quod sine Cod. de testam. aber heißt es: in quo (testamento parentum inter liberos) et aliis legari et fideicommitti potest. Da die authentica unbestimmt, die Novelle aber bestimmter redet; da ferner Justinian Zeugen überhaupt erfordert, mithin ohne Zweifel die gesetzliche Zahl verlangt, diese aber bey den Legaten und Fideicommissen fünfe ist, so müssen auch die Eltern fünf Zeugen zuziehen, wenn sie einer fremden Person etwas vermachen wollen. *Stryk* de caut. test. cap. 10. §. 22. *Pufendorf* tom. 2. obs. 31. §. 4. p. 124. *Io. Flor. Rivinus* in diss. de test. par. inter lib. §. 17. *G. L. Boehmer* de liberis fideicommisso oneratis, §. 7. *Walch* controvers. pag. 331 edit. III. *Berger* part. 1. resp. 256. Köchy Meditationen 1. Band, 12. Betracht. Man s. auch Glück opusc. fascic. 3. pag. 17. — — Daß immer noch für die entgegenstehende Meynung, welche nur zwey Zeugen des Beweises wegen erfordert, und welche außer den Note 13. schon angeführten Schriftstellern, besonders noch von *G. S. Wiesand* observat ad Nov. 107 cap. 1. Vitemb. 1777. und *E. I. Hagemeister* de legatis extraneo in testamento parent. int. lib. relinquendis Gryph. 1801 vertheidigt wird, sehr scheinbare Gründe übrig bleiben, läßt der unbestimmte Ausdruck der Novelle wohl nicht anders erwarten. W.

(15) Ausführlich handelt von diesem Unterschied *Frankenfeld* diss. cit. besonders §. 25.

§. 461. Testament, das zur Pestzeit gemacht wird.

Das dritte privilegirte Testament ist das zu Pestzeiten errichtete. Das Gesetz, worin dieses Testament seinen Grund haben soll, ist L. 8. C. de testam. (VII. 23.). Man erklärte es gemeiniglich auf folgende Art: Wenn eine Pest oder andere ansteckende Krankheit grassire, so sey der Umgang unter den Menschen gestöhrt, und es halte schwer, sieben Zeugen auf einmal zu bekommen; denn man glaube, wer ein Testament machen wolle, sey von der grassirenden Krankheit befallen, und man fürchte sich, von ihm angesteckt zu werden. Das Gesetz erlaube daher, daß man die Testamentszeugen nach und nach, so wie man sie haben könne, herbey hole, und ihnen seinen letzten Willen mündlich eröffne, oder zur Unterschrift vorlege. Nun redet zwar das Gesetz gar nicht von der Pest, und verordnet auch das nicht, was jene Erklärung hineinlegt. Es enthält vielmehr folgenden Fall: ich lasse sieben Zeugen zusammenkommen, um ein Testament zu machen. Während des actus testandi wird ein Zeuge plötzlich krank; die übrigen, aus Furcht angesteckt zu werden, zerstreuen sich, und der actus wird also unterbrochen. Die Frage ist: ob diese Unterbrechung das Testament ungültig mache? Die Gesetzgeber sagen nein (*1). Indessen wird jene Interpretation von vielen Juristen vertheidigt (*2); ja einige gehen noch weiter, und behaupten, daß nicht nur die unitas actus bey dergleichen Testa=

Testamenten nachgelassen, sondern auch fünf, oder wie Andere wollen, zwey Zeugen dabey hinreichend seyen (*3).

Nimmt man an, daß ein bey einer ansteckenden Krankheit errichtetes Testament privilegirt ist, so fragt sichs: ob es zur Ausübung dieses Privilegiums genug sey, daß die Krankheit in dem Ort grassire, oder ob erfordert werde, daß sie in dem Hause des Testators herrsche. Wenn die Krankheit so arg wäre, daß aller Umgang unter den Menschen völlig aufgehoben wäre; so wäre wohl ein jeder an dem Orte befugt, ein privilegirtes Testament zu machen. Ist sie aber so ansteckend und bösartig nicht, so muß sie im Hause des Testators seyn, wenn er sich des Privilegiums bedienen will (*4). Daß er selbst diese Krankheit habe, ist nicht erforderlich.

Eben so wenig ist ausgemacht, ob ein zur Pestzeit gemachtes Testament seine Gültigkeit verliere, wenn die Pest wieder aufhört, und der Testirer nicht daran stirbt (*5). Einige glauben, es gelte nur ein Jahr lang; die meisten Rechtsgelehrten behaupten aber doch, und wie ich glaube, mit Grund, daß das Testament seine Gültigkeit auf immer behalte. Denn es ist anfangs gültig gewesen, und kein Gesetz verordnet, daß es diese Gültigkeit verlieren solle.

(1) Dieß hat *Bachov* ad *Treutler* vol. 2. disp. 7. th 6 lit. I. p. 281. besonders aber *Iac. Gothofredus* diss. de testam. temp. pestis condito, in oper. (Lugd. Bat. 1733. fol.) p. 627. sqq. gezeigt. L. 8. und L. 28. C. de testam. handeln von einerley Fällen. S. auch *Marckart* interpret. recept. I. C. lect. lib. 2. cap. 16. *Püttmann* probabil. lib. 1. p. 36. seqq.

(2) *Rebhan* paralipom. Dec. 4. Qu. 10. der auch noch mehr verschiedene Meynungen erzählt.

(3) Die letzte Meynung, daß zwey Zeugen hinreichen, soll in der Praxis angenommen seyn. *Stryk* caut. test. cap. 11. § 3. *Leyser* spec. 368. med. 1. Vom Reichskammergericht bezeugt dieß *Gail.* lib. 2. obs. 118. num. 18.

(4) *Leyser* l. c. in coroll.

(5) Man s. *Manz* de testam. val. vel. inval. Append. tit. 17. num. 10. sqq. Hertel politische Thee- und Caffeetasse 110. Gout. 275. Seite.

§. 462. Von dem auf dem platten Lande errichteten Testament.

Ein viertes Privilegium hat Justinian in der L. 31. C. de testam. (VI. 23) den auf dem Lande gemachten Testamenten ertheilt. Ausser den Städten, in kleinen Dörfern, auf einsam liegenden Höfen, Mühlen u. dgl. kann man oft keine sieben Zeugen bekommen, welche schreiben können. Wer daher auf dem Lande testirt, hat folgende Privilegien: 1) Er braucht nur fünf Zeugen zuzuziehen. 2) Ein Zeuge kann für den andern unterschreiben, und wenn auch nur ein einziger unterschreiben kann, so darf er die Namen der übrigen vier unterschreiben. Uebrigens setzt dieses Privilegium einen Mangel an tüchtigen Zeugen voraus. Kann man also zur Zeit, da das Testament gemacht wird, a) sieben Zeugen haben, und der Testator hat nur sechs, oder fünf genommen;

oder hat er b) Zeugen genommen, die des Schreibens unerfahren sind, und es wäre möglich gewesen, solche zu haben, die schreiben können: so ist das Testament ungültig.

Noch zwey Fragen sind zu beantworten: 1) ist dieses Privilegium auf Bauersleute eingeschränkt, oder kann sich jeder, der auf dem Lande testirt, z. E. ein Adelicher, Geistlicher, der auf dem Lande wohnt, ein Reisender, der auf dem Land krank wird u. s. w. dessen bedienen? Ich glaube das letztere. Denn der Grund des Privilegiums tritt bey diesen Personen so gut als bey den Bauersleuten ein (*1). Indessen sind viele Juristen anderer Meynung (*2). 2) Wenn ein Testament auf dem Lande gemacht worden ist, jemand auftritt, der es bestreitet, und behauptet, man hätte mehr als fünf Zeugen, oder man hätte fünf Schreibkundige bekommen können: wer muß den Beweis führen; muß der Kläger sein Vorgeben beweisen, oder der eingesetzte Erbe das Gegentheil darthun? Die meisten Juristen behaupten, der Kläger müsse beweisen, weil man auf dem Lande selten sieben Personen, oder auch nur fünf schreibkundige Zeugen zusammen bekommen könne, folglich die Präsumtion gegen den Kläger streite (*3). Allein wenn das Testament in einem großen, volkreichen Dorfe gemacht worden ist, so läßt sich dieß wohl nicht vertheidigen.

(1) *Walch* controv. p. 333. edit. III.

(2) Weil das Gesetz nur von Bauern redet. *Philippi* diss. de testament. hominum ruralium, cap. 2. §. 5. *Ludwell* de ult. vol. P. 2. cap. 1. p. 212. *Stryk* caut. test. cap. 13. §. 5.

(3) *Philippi* l. c. cap. 4. §. 4. *Stryk* l. c. §. 9. *Brunnemann* ad L. fin. Cod. de testam. Anderer Meynung ist *Hommel* in rhapsodia obs. 452. p. 470.

§. 463. Testament, worin die Intestaterben oder eine milde Stiftung eingesetzt sind.

Das fünfte hierher gehörige Testament ist das, worin die Intestaterben, die vorhin ausgeschlossen waren, eingesetzt sind (*1). Wenn nemlich jemand seine Intestaterben in einem Testamente ausschließt, darauf aber ein zweytes Testament macht und darin diese Erben (*2) einsetzt: so gilt das letzte Testament, obgleich nicht die gehörigen Feyerlichkeiten dabey beobachtet; das heißt, es gilt, wenn nur fünf Zeugen dabey zugezogen worden sind. Der Grund ist die Gunst der Gesetzgeber gegen die Intestaterben.

Endlich das letzte privilegirte Testament ist das, worin eine milde Stiftung (pia causa) eingesetzt ist. Wenn nemlich Menschenliebe und Frömmigkeit den Testirer zu seinem letzten Willen bewogen zu haben scheint, so heißt es ein Testament zu milden Stiftungen (ad pias causas). Dahin gehört ein Testament, worin die Armen, eine Kirche, Kloster, Hospital, Waisenhaus, Schule eingesetzt ist; wenn der Testator sein Vermögen zur Ausstattung armer Mädchen, zu Stipendien für arme Studirende bestimmt, u. dgl. Dieses Testament gilt vermöge des cap. 11. X. de testam. ohne alle Solennitäten. Viele

Juristen behaupten zwar, daß es zwey Zeugen zur Gültigkeit erfordere (*3). Ich halte aber das Gegentheil für richtiger (*4). Der Pabst erfordert im angeführten Text die Zeugen bloß um des Beweises willen. Indessen läßt sich auch freylich vieles dawider sagen (*5).

(1) Schon zur Zeit der Classiker hatte ein mangelhaftes Testament. *testamentum posterius non perfectum*, wie es in der L. 2. D. de iniust. heißt, die Wirkung, daß dadurch das vorhergehende rumpirt wurde, wenn in dem letztern die Intestaterben eingesetzt waren. Ulpian sagt: Tunc autem prius testamentum rumpitur, cum posterius rite perfectum est; nisi forte posterius vel iure militari sit factum, vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest; tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur. Einige, z. E. *Faber* error. pragmat. dec 37. err. 1. behaupten zwar, daß die L. 2. ein emblema Triboniani enthalte, und daß zu Ulpians Zeiten testamentum imperfectum nicht den effectum rumpendi prius gehabt habe. Allein es ist nicht Grund genug zu dieser Behauptung vorhanden. K. Theodosius fand nöthig, die Sache durch eine Verordnung zu bestimmen. Er verordnete in der L. hac consultissima 21. §. 3. C. de testam. (VI. 23.): 1) das letzte Testament sollte nur den effectum rumpendi haben, wenn es vor fünf Zeugen gemacht sey; 2) es sollte in diesem Fall gelten, nicht als ein Testament, sondern als eine ultima voluntas intestati, d. i. als ein an die Intestaterben gerichtetes Codicill, wie unter andern *G. L. Boehmer* praef. ad Tom. 5. exercit. paternar. §. 15. richtig bemerkt. Und was kann auch eine ultima voluntas intestati anders seyn, da es nur zwey Gattungen von letzten Willen giebt, Testamente und Codicille? *Schott* diss. de testam. posteriore imperfecto, in opusc. p. 66. behauptet, es gelte vielmehr als eine distributio hereditaria inter heredes ab intestato. Als bloßes Codicill gelte es nicht, denn man könne ungleiche Erbtheile darin festsetzen. Allein das kann ja in einem an die Intestaterben gerichteten Codicill auch geschehen. L. 39. D. famil. hercisc. Die Worte des Gesetzes sind: si quis autem testamento iure perfecto, postea ad aliud venerit testamentum, non alias quod ante factum est, infirmari decernimus, quam si id, quod secundo testator facere instituit, iure fuerit consummatum. Nisi forte in priore testamento scriptis his, qui ab intestato ad eius hereditatem vocantur, eo enim casu, licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento, secundum eius voluntatem non quasi testamentum, sed quasi voluntatem ultimam intestati valere sancimus, in qua voluntate quinque testium iuratorum depositiones sufficiunt. Quo non facto, valebit prius testamentum, licet in eo scripti videantur extranei.

(2) Ob sie alle eingesetzt werden müssen, oder ob es genug ist, wenn einige eingesetzt werden, ist zweifelhaft. Man sehe *Fachinei* controv. lib. 4. cap. 6. Meines Erachtens müssen sie alle eingesetzt werden, denn 1) sagt das Gesetz, das letzte Testament gelte, wenn die Intestat-Erben eingesetzt seyen, es schließt also keinen aus. 2) Das Testament soll gelten als eine voluntas ultima intestati. Wäre aber der Erblasser intestatus, so würden alle Intestaterben succediren.

(3) *Merenda* controv. lib. 4. cap. 16. *Fachineus* lib. 4. cap. 3. *Zoesius* ad decret. tit. de testament. n. 22. *Schilter* ex. 8. th. 14. *Rittershus.* in diff. iur. rom

et can. lib. 4. cap. 2. *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de testam. mil. §. 50. *Harpprecht* diss. de admixt. pers. extran. in dispos. par int. lib. th. 30 seqq. *Pufendorf* tom. 2. obs. 172.

(4) *Struv* de caut. testam. cap. 12. §. 4. *Stryk* ex. 32. th. 23 *Lynker* centur. 3. decis. 226. Hertel Thee- und Caffeetasse, 112. Gout. 281. Seite. *Boehmer* I. E. P. lib. 3. tit. 29. §. 21. *Heimburg* Diss. de his, quae in ultima voluntate per scripturam privatam declarata piis causis relinquuntur. (Ien. 1736.) §. 21. sqq.

(5) Das Gesetz sagt: relatum est auribus nostris, quod, cum ad vestrum examen aliqua super testamentis ecclesiae relictis causa deducitur, vos secundum humanam et non secundum divinam legem in ea vultis procedere, et nisi septem vel quinque idonei testes intervenerint omnino inde postponitis iudicare. Unde quia huiusmodi causa de iudiciis ecclesiae non secundum leges, sed secundum canones debet tractari, et his, divina scriptura testante, duo aut tres idonei testes sufficiunt, mandamus, quatenus, cum aliqua causa talis ad vestrum fuerit examen deducta, eam non secundum leges, sed secundum decretorum statuta tractetis et tribus aut duobus legitimis testibus requisitis, quoniam scriptum est, in ore duorum vel trium testium stat omne verbum. Ob auch einem Andern in diesem Testament ein Vermächtniß hinterlassen werden könne, untersucht *Wolfg. Adam Schoepf* diss. de admixtione profanae causae in disposit. suprema ad pias causas, Tubing. 1743. Nach den Gesetzen läßt sich dieß nicht behaupten, nach der Praxis aber, sagt man, könne es geschehen. Noch bemerke ich, daß *Bynkershoeck* observat. iur. rom. lib. 2. cap. 2. pag. 77. (edit. Hein.) behauptet, jemand, welcher gar keine Intestaterben hat, könne ohne alle Feyerlichkeiten testiren. Hier hätten wir also noch ein privilegirtes Testament, dessen, soviel ich finden kann, außer Bynkershoek noch niemand gedacht hat. Allein L. 29. §. 1. de legat. III. welche Bynkershoek anführt, begründet seine Meynung nicht.

TIT. XII.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM.

§. 464. Wer kann nicht testiren?

Ein jeder kann ein Testament machen, oder, wie die Juristen reden, *testamentifactionem habet*, dem es die Gesetze nicht verbieten. Verboten aber ist es 1) einigen aus Mangel des bürgerlichen Zustandes; 2) Andern wegen Mangel der zu einem Testament erforderlichen Ueberlegung; 3) Andern wegen eines Leibesgebrechens, und 4) noch Andern darum, weil sie ein Verbrechen begangen haben. Merkwürdig ist, daß einer, welcher den bürgerlichen Zustand wirklich hat, der zur Testamentifaction erfordert wird, aber daran zweifelt, ob er ihn habe, z. E. ein Bürger, welcher zweifelt, ob er das Bürgerrecht habe; ein Sohn, der nicht weiß, ob sein in die Fremde gegangener Vater noch am Leben, er also noch ein filius familias sey oder nicht, nicht

testiren kann. Eine Ausnahme kommt bey den Soldaten vor, wie wir oben gehört haben (§. 456.) (*[1]).

(1) *Scip. Gentilis* de error. testamentor. cap. 3. Als die Weibspersonen noch unter der beständigen Tutel waren, konnten sie ohne ihres Vormundes Einwilligung kein Testament machen. S. *I. H. Boehmer* diss. de testam. mulier. Ex. ad P. Tom. 4. p. 843 sqq. *Christ. Wilh. Küstner* progr. de testamento feminae capite non minutae Lips. 1768. Durch das Julische und Papisch-Poppäische Gesetz wurde eine ingenua von der Tutel frey, wenn sie drey, und eine libertina, wenn sie vier eheliche Kinder gebohren hatte. Nun konnte sie also auch nach Gefallen testiren, und stand nicht in Gefahr, daß der Inhalt ihres Testamentes verrathen wurde, welches vorher durch den Vormund leicht geschehen konnte. Daraus ist es zu erklären, warum ein Vater in der L. 77. §. 24. de legat. II. seiner Tochter den Rath giebt, nicht eher zu testiren, als bis sie Kinder haben würde, und hinzusetzt: ita enim poterit sine periculo vivere, *Heinecc.* ad L. Iul. lib. 2. cap. 11.

§. 465. Sklaven und Fremde können kein Testament machen.

Aus Mangel des bürgerlichen Zustandes kann nicht testiren, wer entweder nicht frey, oder kein Römischer Bürger ist. Daher können kein Testament machen: 1) die **Sklaven**, 2) die Bürger, **welche in der Gefangenschaft** sind; denn sie sind Sklaven; eben so wenig 3) **die Fremden und ein ins Exilium geschickter Bürger.** Hiebey ist mancherley anzumerken. 1) Wenn ein Bürger in der Gefangenschaft testiret, und nachher wieder frey wird: so gilt das Testament nicht. Denn das Römische Recht hat die Regel: ein Testament, das von Anfang nicht gilt, kann in der Folge nicht gültig werden (§. 482.). 2) Macht ein Bürger ein Testament, und kommt nachher in die Gefangenschaft, stirbt auch darin: so gilt das Testament wegen der Fiction des **Cornelischen Gesetzes.** Dieses Gesetz nemlich fingirte, der Bürger sey in dem Augenblick gestorben, da er gefangen wurde (*[2]). 3) Wenn ein Bürger testirt hat, darauf in die Gefangenschaft gerathen, endlich wieder auf rechtmäßige Art frey geworden ist: so kann sein Testament *iure postliminii* gelten. Denn er bekommt in diesem Falle seine durch die Gefangenschaft verlohrnen Rechte wieder, sein Testament erhält daher auch wieder seine Gültigkeit (§. 303.) (*[3]). 4) Unsere wahre Sklaven können so wenig, als die Römischen testiren, wohl aber die Leibeigenen (§. 70.), wenn nicht Landesgesetze oder Gewohnheiten ihnen dieses Recht versagen (*[4]). 5) Ein Fremder konnte bey den Römern testiren, wenn nach den Gesetzen seines Vaterlandes die Testamente gültig waren, nur hatte das Testament die Rechte und Wirkungen eines Römischen Gesetzes nicht. 6) Heutiges Tages können die Fremden vermöge der auth omnes peregrini Cod. commun. de success. (VI. 59.) testiren, wenn ihnen das ius albinagii nicht im Wege steht (§. 91.). Auch einer, der des Landes verwiesen ist, kann testiren (*[5]). Hingegen wer in der Reichsacht ist, kann es nicht (§. 91. 92.).

(1) Bemerkenswerth ist es indessen, daß die Sklaven mit Bewilligung ihres Herrn doch eine dem Testament ähnliche Disposition machen konnten. *Heinecc.* ad *Vinn.* pr. I. h. t. n. 3.

(2) L. 18. L. 22. pr. §. 1. et 2. D. de captiv. et postlim. L. 1. § 1. L. 18. D. ad L Falcid. Zu welcher Zeit diese lex Cornelia gemacht worden sey, ist ungewiß. *Bach* histor. iur. pag 175.

(3) Wenn einer in der Gefangenschaft testirt hatte, und wieder zurückkam, so half das ius postliminii dem Testament nicht auf. Quod non est *ante captivitatem*, postliminium habere non potest, sagt *Vinn.* ad §. 5. h. t. n. 1.

(4) *Stryk* caut. testam. cap. 3. §. 46.

(5) *Schilter* ex. 38. th. 23. Doch sehe man *Stryk* l. c. cap. 3. §. 51.

§. 466. Auch filii familias nicht.

Wer ein Testament machen will, muß pater oder mater familias seyn. Denn die Gesetze der 12 Tafeln sagen: *pater familias* uti legassit u. s. w. (§. 438.). Ein filius familias kann weder ein Testament, noch ein Codicill (§. 622.) machen; selbst alsdann nicht, wenn es ihm der Vater erlauben wollte. Dieß war auch in den alten Zeiten Roms, da die Kinder, so lang sie in der väterlichen Gewalt waren, kein Eigenthum hatten, ganz consequent. Worüber sollten sie disponiren (*1)? Nachdem aber das peculium adventitium aufkam, hätte man, wie es scheint, den Kindern die Testamentifaction über dieses peculium erlauben sollen, wenigstens alsdann, wenn der Vater einwilligte. Allein man blieb bey der Regel. Die Ursache lag vermuthlich in der großen Anhänglichkeit an die Zwölftafelgesetze, und an das Wort *pater familias* uti legassit etc. (*2). Auch mit des Vaters Erlaubniß kann der filius familias nicht testiren. Denn der Vater kann dem Sohne kein Recht ertheilen, welches die Gesetze ihm versagen. Doch bemerke man 1) wenn der Sohn ein peculium castrense oder quasi castrense hat, so kann er darüber testiren. Denn in Ansehung dieses peculii wird er als ein pater familias angesehen. Einige dehnen dieß auch auf das peculium adventitium extraordinarium aus (*3), meines Erachtens aber ohne Grund (*4). 2) Wie aber, wenn ein pater familias testirt, und alsdann sich arrogiren läßt? In diesem Falle verliert das Testament seine Gültigkeit (irritum fit). Die Ausnahme, welche Heineccius beysetzt: nisi miles sit, ist oben (§. 453. Anmerk. 5.) erklärt. 3) Wenn ein filius familias, der kein peculium castrense oder quasi castrense hat, testiret: so ist sein Testament ungültig, und bleibt ungültig, gesetzt auch, daß er nachher sein eigener Herr (sui iuris) wird. Denn ein Testament, das im Anfang nicht gilt, kann in der Folge nicht gültig werden (§. 465.). 4) Daß ein filius familias mortis causa schenken könne, wenn es ihm sein Vater erlaubt, haben wir oben (§. 414.) gehört. Obgleich sonst die Regel ist: wer kein Testament machen kann, ist auch nicht befugt, mortis causa zu schenken.

(1) *Ulp.* fragm. Tit. 20. §. 10.

(2) *Schumacher* in der unten angef. Diss. cap. 1. §. 5. Ich weiß wenigstens keine bessere Ursache. Was *P. Faber* semestr. lib. 2. cap. 23. pag. 345. sagt: cum filius familias consensu patris donat, per eum donare pater videtur. Pater quoque, cuius permissu filius testaretur, ipse per filium familias testari videretur, atque adeo per alium, quod iuris civilis ratio non patitur, cum testamentum sit actus legitimus, befriedigt eben so wenig, als was *Oroz* de apic. iur. lib. 5. cap. 6. weitläuftig schwätzt. Daß das Römische Recht in diesem Stück auch bey uns gelte, behaupten mit Grund *Reinharth* ad *Christin.* vol. 4. obs. 11. *Walch* controvers. p. 183. Edit. III. Doch halten viele das Testament eines filii familias zu milden Stiftungen für gültig. *Reinharth* l. c. obs. 10.

(3) *Locamer* quaest. Iustin. 220. *Rebhan* paralipom. dec. 4. qu. 8. *Rau* diss. historia iuris civ. de peculiis (Lips. 1770) pag. 42. sqq.

(4) L. 11. et 12. C. qui testam. fac. poss. (VI. 22.) sind ganz deutlich, und die Nov. 117. cap. 1. §. 1. wo es heißt: quo volunt modo disponere, beweißt das Gegentheil nicht. S. *Vinn.* ad §. 1. I. h. t. n. 6. *Scip. Gentil.* de bon. matern. cap. 27. *Stryk* caut. testam. cap. 3. §. 35. *Cocceii* iur. controv. tit. qui test. fac. poss. quaest. 5. *Schumacher* diss. de exclusione filiorum familias a testamentifactione quoad bona adventitia extraordinaria (Goett. 1781.) cap. 2. §. 2. sqq. Auch eine Particularemancipation, die zu dem Ende geschieht, daß der Sohn testiren soll, hilft nichts. Gmelin und Elsässer gemeinnützige jurist. Beobachtungen. 2. Band. S. 228. u. f. f.

§. 467. Wer den Gebrauch seines Verstandes nicht hat; Verschwender, Unmündige.

Wer ein Testament machen will, muß die zu einem solchen Geschäft erforderliche Vernunft und Ueberlegung haben. Daher kann 1) kein **Blödsinniger und Rasender** testiren, wenn er nicht Zeiten hat, wo er seiner Vernunft vollkommen mächtig ist (intervalla furoris) (*1). Daß jemand den gesunden Menschenverstand in gewöhnlichem Grade habe, ist nicht nöthig; ein stupider Mensch kann testiren (*2). Auch den **Verschwendern** ist die Errichtung eines Testaments verboten; wenn sie nemlich von der Obrigkeit für solche erklärt sind. Der Grund dieses Verbots ist nicht ausgemacht. Die gemeine Meynung ist: ein Verschwender sey civiliter furiosus; sey einem Blödsinnigen gleich zu achten, weil er eine unsinnige Wirthschaft führt. Andere glauben, die Testamentserrichtung sey einem Verschwender verboten; weil ihm die Veräusserung seines Vermögens untersagt ist, und man die Testamente bey den Römern als eine Art von Veräusserung angesehen habe (§. 438.). Noch Andere geben andere Ursachen an (*3). In der angeführten Leonischen 39. Novelle wird zwar das Testament eines Verschwenders alsdann für gültig erklärt, wenn es vernünftig ist, und keine Spuren von verschwenderischen Gesinnungen enthält. Die Leonischen Novellen aber sind in Deutschland nicht angenommen, insonderheit die 39ste nicht. Dieß ist wenigstens die richtigere Meynung (*4), wiewohl viele Juristen das Gegentheil behaupten, und das Testament eines Verschwenders, wenn es vernünftig ist, heutigestages für gültig halten (*5).

3) **Die Unmündigen** können nicht testiren, auch nicht mit Einwilligung ihres Vormundes (*6). **Majorenn** braucht der Testator eben nicht zu seyn; auch ein **Minderjähriger** kann, und zwar ohne Consens seines Vormundes, testiren (*7); **mündig** aber muß er seyn (§. 62. Anmerk. 8.); und wenn ein Unmündiger testiret, so wird sein Testament nicht gültig, gesetzt auch, daß er stirbt, nachdem er mündig geworden ist. Wenn hingegen jemand ein Testament gemacht hat, und darauf erst seinen Verstand verliert, oder für einen Verschwender erklärt wird, so wird das Testament dadurch nicht ungültig (*8).

(1) Aus gleicher Ursache ist das Testament eines Menschen ungültig, dem Krankheit oder der herannahende Tod die Besonnenheit geraubt haben. Die Testamente, welche in der Todesstunde gemacht worden sind (testamenta agonizantium) werden daher sehr oft als ungültig angefochten. Eine höchstwichtige Cautel ist es demnach, daß die Obrigkeit, wenn sie dem Testirer das Testament abnimmt, und die Zeugen, welche zu einer Testamentshandlung berufen werden, mit dem Testirer ein Gespräch einzuleiten suchen, um sich zu versichern und bezeugen zu können, daß er bey Vernunft gewesen sey.

(2) *Stryk* caut. test. cap. 3. §. 25. *Wernher* part. 1. obs. 174. p. 160.

(3) *Em. Soarez a Ribeira* obs. iuris lib. 1. cap. 12. in Thesaur. Meerm. tom. 5. pag. 572. *Püttmann* probabil. lib. 2. cap. 2. pag. 16. *Gildemeister* progr. obs. var. argument. (Brem. 1778.) obs. 4.

(4) *Brunnemann* ad L. 18. D. qui testam. fac. poss. *Stryk* V. M. eod. tit. §. 12. et in caut. testam. cap. 3. §. 27. *Eisenharth* diss. de iure testandi prodigo non competente Helmst. 1749. *Madihn* Epist. de iure test. prodigis frustra vindicato. Halae 1771. *Walch* progr. de testamento prodigi iure germ. invalido. Ienae 1754. et in controv. p. 184. edit. III. *Zepernick* ad *Beck* de Nov. Leon. pag. 133.

(5) *Faber* ad Cod. lib. 5 tit. 38. def. un. n. 4. *Sande* Decis. Fris. lib. 4. tit. 1. def 3. *Carpzov* part. 3. const. 17. def. 2. *Hanaccius* in Diss. ius testandi prodigo contra communem sententiam assertum. Viteb. 1724. *Beck* de Novell. Leon. pag. 133. edit. noviss.

(6) Als die Ursache giebt Justinian §. 1. h. t. an: quia nullum eorum animi iudicium est, d. i. wie es Vinnius erklärt, nullum plenum ac solidum; nullum tale, quale requiras in eo, qui de omnibus facultatibus suis una perpetua dispositione statuere cogitat. Warum aber ein Unmündiger nicht unter Autorität seines Vormundes testiren kann, zeigt eben derselbe am a. O. n. 1.

(7) *Wernher* sel. obs. for. tom. 2. part. 8. obs. 450.

(8) §. 1. 2. I. h. t. ibique *Vinn.*

§. 468. Von Testamenten der Taubstummen.

Manche können wegen eines Leibesgebrechens nicht testiren. Dergleichen sind gewissermassen die Taubstummen und Blinden. Von den ersten bemerke man (nach der Tabelle (XXIX. b.): entweder ist einer taub und stumm zugleich, oder allein taub, oder allein stumm. Ist er a) beydes zusammen, und zwar von Natur: so kann er nach Justinians Verordnung nicht testiren, vermuthlich weil Justinian sich nicht vorstellen konnte, daß ein solcher Mensch,

Be-

Begriffe von einem Testament haben, und daß er schreiben könne. Allein, da dieser Fall möglich ist, wie neuere Erfahrungen lehren, so kann auch ein von Natur Taubstummer, nach Umständen ein Testament machen. Ist einer taub und stumm geworden, und kann schreiben, so hat er die Erlaubniß, schriftlich zu testiren. Kann er aber nicht schreiben, so fällt die Testamentifaction weg.

Wenn b) Jemand taub allein ist, so kann er testiren, mündlich und schriftlich, er mag nun taub gebohren, oder es geworden seyn. Denn es giebt Menschen, die taub gebohren sind, und doch reden und schreiben lernen. Davon hat man seitdem Heinecke, Arnoldi und Andere sich mit dem Unterricht der Taubstummen beschäftigt haben, Beyspiele genug. Allein, ob man zu Justinians Zeiten auch dergleichen Menschen gehabt habe, daran ist billig zu zweifeln. Indessen nimmt er diesen Fall im Gesetz als möglich an, weil, wie er sagt, auch der taubste Mensch höre, si quis supra cerebrum illius loquatur (*1).

Endlich c) wenn einer stumm allein ist, so kann er ein schriftliches Testament machen, er sey nun von Natur stumm, oder es erst geworden (*2). Kurz: wer taub und stumm, oder eins von beyden ist, kann ein Testament machen, wenn er 1) den gehörigen Begriff von dieser Handlung hat, und 2) seinen Willen mit Worten ausdrücken kann. In dem unten (*3) angeführten Reichsgesetze ist das Römische Recht bestätigt, indem es darin heißt: **es gehört zu einem jeden Testament, daß der, oder die, so Testamente machen, mit verständlichen Worten reden, oder aber schreiben können; denn welcher deren keines könnte, der wird darum einem Todten gleich geacht, und mag kein Testament machen.** Durch Zeichen kann also ein Taubstummer nicht testiren, wiewohl, wenn er sonst Begriffe von einer Erbeseinsetzung hat, es ihm der Landesherr durch Dispensation verstatten kann (*4).

(1) *Menagii* amoenit. iur. civ. cap. 27.

(2) Ein Tauber oder Stummer konnte kein Testament per aes et libram machen; denn der Taube konnte die Worte des familiae emtoris nicht hören; der Stumme die bey diesem Testament vorgeschriebenen feyerlichen Worte (verba nuncupationis) nicht aussprechen. *Ulpian.* Tit. 20. §. 13. Auch kein Prätorisches Testament konnte er machen Wenigstens sagt L. 6 §. 1. D. qui testam. fac. poss. ganz allgemein, ein Tauber oder Stummer könne nicht testiren. Zuweilen aber erhielten dergleichen Leute vom Kaiser durch Dispensation die Erlaubniß zu testiren. L. 7. eod. Natürlicher Weise mußten sie den Kayser mündlich oder schriftlich darum bitten. Wer also keins von beyden konnte, der konnte auch nicht testiren. Justinian erlaubte in der L. 10. C qui testam. fac. poss. (VI. 22.) den Taubstummen, auf die beschriebene Art, ohne Dispensation, ein Testament zu machen. *Majansii* diss. de surdorum et mutorum testamentifactione; in disput. vol. 1 num. 30.

(3) Notariatsordnung Max. I. vom Jahr 1512. Art. von Testamenten §. 4.

(4) L. 7. D. qui testam. fac. poss *Pufendorf* obs. tom. 3. obs. 178. hat einen

merkwürdigen hieher gehörigen Fall. Auch *Io. Flor. Rivinus* in diss. de testamento surdi et muti natura talis invalido. Lips. 1740. hat deren einige.

§. 469. Vom Testament eines Blinden.

Ein Blinder konnte nach dem alten Römischen Recht ein mündliches Testament machen, so wie es ein Sehender macht (*1). In der L. hac consultissima. 8. C. qui testam. fac. poss. (VI. 23.) hingegen, und der Notariatsordnung Art. von Testamenten §. 9. ist bey dem Testament eines Blinden vorgeschrieben: 1) Der Testirer soll nach der L. 8. einen tabularium (§. 549. Anmerk. 2) Nach der Notariatsordnung einen Notarius zuziehen. Wäre dieser nicht zu haben, so müssen acht Zeugen genommen werden. 2) Er soll den Erben nicht blos nennen, sondern genau beschreiben, nach seinem Stande, Amt, seiner Profession, u. d. gl. damit man versichert sey, er habe sich nicht in der Person geirret (*2). 3) Hat der Blinde schon vorher einen schriftlichen Aufsatz zu seinem Testament machen lassen, so muß ihm dieser a) von dem Notarius oder dem achten Zeugen in Gegenwart der Zeugen vorgelesen werden. Darauf muß er b) erklären, daß dieß sein letzter Wille sey, und nun müssen c) Notarius und Zeugen unterschreiben und untersiegeln. Hat hingegen 4) der Blinde keinen schriftlichen Aufsatz machen lassen, so muß er a) seinen letzten Willen mündlich erklären; b) diese Erklärung muß vom Notarius oder dem achten Zeugen schriftlich aufgesetzt (*3), c) vom Notarius und von den sämmtlichen Zeugen unterschrieben und besiegelt werden. Daß der Aufsatz dem Blinden vorgelesen werde, ist in diesem Falle nicht erforderlich. Das Testament eines Blinden also ist eine ganz eigene und sonderbare Mischung von einem schriftlichen und mündlichen letzten Willen.

Verschiedene behaupten, alles, was hier von dem Testament blinder Menschen gesagt ist, gelte auch von den Testamenten derer, die nicht lesen und schreiben können (*4). Allein ich kann davon mich nicht überzeugen. Daß ein solcher Mensch, wenn er schriftlich testiren will, acht Zeugen nehmen, und daß ihm das Testament vorgelesen werden müsse, gebe ich zu (*5). Allein er kann auch mündlich testiren, und alsdann ist weiter nichts erforderlich, als was bey dem Testament eines Schreibkundigen vorgeschrieben ist (*6). Uebrigens ist auch hier wieder zu bemerken, daß, wenn Jemand ein Testament gemacht hat, und nachher taubstumm oder blind wird, das Testament darum nicht ungültig werde (*7).

(1) Paul sent. lib. 3. tit. 4.

(2) Wenn also der Blinde diese Vorschrift auch nicht beobachtet hat, indessen kein Zweifel darüber ist, wen er zum Erben habe ernennen wollen: so ist das Testament nicht ungültig. Der Gesetzgeber hat hier nur einen Rath geben, keine nothwendige Formalität vorschreiben wollen. *Stryk* de iure sens. diss. 2. cap. 3. n. 23. sqq. Das Gegentheil behauptet *Koehnen* diss. de forma testamenti externa, a coeco observanda (Goett. 1782.) cap. 2. Sect. 1. §. 4. p. 38.

(3) Dieß ist die gemeine, und, wie ich glaube, auch dem Gesetz nach richtige Meynung, s. *Koehnen* l. c. pag. 41. Indessen lassen sich Zweifel dagegen machen. Man s. *Nettelbladt* diss. de testam. nuncupativo in scriptur. redacto, cap. 1. §. 11.

(4) *Nettelbladt* l. c. cap. 1. §. 12. *I. H. Boehmer* diss. de testam. non praelecto, §. 10.

(5) S. *Müller* ad *Leyser*. Vol. 6. Fasc. 2. p. 79 sqq.

(6) *Stryk* de cautel. testam. cap. 4. §. 26.

(7) §. 3. I. h. t.

§. 470. Personen, die zur Strafe nicht testiren können.

Einigen Personen ist die Verfertigung eines Testamentes zur Strafe verboten. Dergleichen sind 1) die, welche das Verbrechen des Hochverraths (crimen perduellionis) begehen; das heißt, einen feindseligen Anschlag auf den Landesherrn machen, ihm nach dem Leben oder Reiche stehen. 2) Die vom christlichen Glauben abfallen, Juden, Heyden, Mahomedaner werden, desgleichen die Manichäer, Ketzer, welche zwey ewige Wesen annehmen, ein Gutes und ein Böses. Nur von diesen, und nicht von allen Ketzern, redet L. 4. §. 5. C. de haeret. (I. 5.). Wenn man es aber auch auf alle Ketzer ausdehnen wollte, so wird es doch bey den Protestanten, wie Stryk und Andere behaupten, in der Praxis nicht beobachtet (*1). 3) Wer eine blutschänderische Ehe schließt. Denn Justinian verordnet Nov. 12. cap. 1. daß wenn Jemand eine solche Ehe eingehet, er das Eigenthum seines Vermögens verlieren, und dieses seinen Kindern, die er aus einer vorhergehenden rechtmäßigen Ehe hat, zufallen; wofern er aber keine Kinder hat, es confiscirt werden soll (*2). Uebrigens findet diese Strafe nur alsdann Platz, wenn jemand in einem nach Römischem Recht verbotenen Grade henrathet. 4) Wer einem Andern ein infamirendes Verbrechen schriftlich vorgeworfen hat, und deswegen zur Strafe verurtheilt worden ist. 5) Alle wegen eines Verbrechens zum Tode Verurtheilte. Denn das Vermögen solcher Leute wurde nach dem antejustianeischen Rechte ohne Unterschied confiscirt, weil sie vor der Hinrichtung servi poenae wurden, folglich nichts eigenes haben konnten (§. 68.). In der Nov. 22. cap. 8. ist die servitus poenae, und in der angeführten 139. Novelle auch die Güterconfiscation, aber nur in dem Fall aufgehoben, wenn der Verbrecher a) Descendenten, oder b) wenn er Ascendenten vom ersten, zweyten, oder dritten Grade hat. Sind also dergleichen keine vorhanden, so gehört das Vermögen dem Fiscus, und der zum Tode Verurtheilte kann es ihm nicht durch ein Testament entziehen. Sind hingegen solche Verwandte da, so treten sie in die Stelle des Fiscus, sie bekommen das Vermögen durch die Wohlthat des Gesetzes, nicht als Erben, und der Verurtheilte kann also auch jetzt darüber nicht disponiren. Viele behaupten, der Gerichtsbrauch in Deutschland gehe darin vom Römischen Recht ab (*3), und erlaube den zum Tode Verurtheilten

die Testamentifaction. Ob diese Gewohnheit aber so allgemein sey, wie sie Menke und andere ausgeben, daran zweifle ich; von dem Brandenburgischen und Braunschweigischen wenigstens bezeugt Stryk am a. O. das Gegentheil ausdrücklich (*4).

Endlich können auch 6) nach dem Canonischen Recht, die, welche unerlaubten Wucher treiben (manifesti usurarii) zur Strafe kein Testament machen (*5). Daß aber alle Ehrlose (infames) nach Deutschen Rechten nicht befugt seyen, ein Testament zu machen, wie Einige (*6) sagen, möchte sich wohl nicht beweisen lassen.

(1) *Stryk* caut. testam. cap. 3. §. 61. 62. et in Us. mod. tit. qui testam. fac. poss. §. 61. Man s. auch *Boehmer* I. E. P. lib. 5. Tit. 7. §. 61.

(2) Ob die Confiscation in Deutschland Statt finde, ist controvers. S. *Wernher* Tom. 1. Part. 4. Obs. 94.

(3) *Schilter* Ex. 38. th. 28. *Struv.* Ex. 32. th. 8. *Lauterb.* coll. th. pr. tit. qui test. fac. poss. §. 28. *Stryk* caut. testam. cap. 3. §. 53. *Coccell* iur. contr. qui test. fac. poss. quaest. 4. *Lud. Mencken* Diss. de testamentifactione damnatis ad mortem iure civili denegata, et moribus plerisque asserta; in collect. Disput num. 12. *Walch* diss. de donatione capite damnati, §. 15. Wenn das Testament auch vor der Verurtheilung gemacht ist, so gilt es nicht. arg. L. 7. D. de m. c. donat. Gültig hingegen ist wohl das Testament eines Verbrechers, wenn er vor der Verurtheilung stirbt. *Mencken* diss. cit. th. 24.

(4) Allein hat nicht Carl V. in der Peinl. Gerichtsordnung Art. 218. die Confiscation der Güter eines Missethäters, außer dem Verbrechen des Hochverraths, ganz aufgehoben? Wäre dieses, so hätten die Missethäter allerdings das Recht zu testiren. Die Disposition Carls V. am a. O. ist so dunkel und unbestimmt, daß über ihren wahren Sinn sehr gestritten wird. S. *Io. Christoph Koch* instit. iur. crim. §. 140. *Car. Frid. Walch* §. 16. sqq. in opusc. Tom 1. p. 288. sqq.

(5) Cap. 2. de usur in 6. Ob aber diese Verordnung überhaupt, oder nur in dem Falle Statt finde, wenn der Wucherer noch bey seinem Leben verurtheilt worden ist, darüber sind die Rechtsgelehrten nicht einig. Man s. *Berger* El. iurispr crim. p. 68. n. 4. *Hommel* rhapsod. obs. 603. *Wiesand* opusc. p. 119. sqq. Da in dem Gesetz von jener Einschränkung nichts steht, so ist sie meines Erachtens ohne Grund.

(6) Z. B. Runde im Deutschen Recht. §. 306.

TIT. XIII.

DE LIBERIS EXHEREDANDIS.

§. 471. Uebergang zu dieser Materie.

In den Testamenten sind mancherley äussere, willkührlich vorgeschriebene Erfordernisse, oder mit Einem Worte, Solennitäten nöthig, die wir bisher kennen gelernt haben. Das innere und wesentliche Erforderniß eines

Testaments ist die Erbeseinsetzung, und von dieser ist in gegenwärtigem und folgendem Titel die Rede. Sie ist entweder eine freywillige oder nothwendige. Gewisse Personen nemlich muß man nach der Vorschrift der Gesetze einsetzen, andere kann man nach Gefallen einsetzen oder übergehen. In diesem 13. Titel werden die Personen bestimmt, welche man einsetzen muß.

§. 472. Altes Römisches Recht bey der Enterbung.

In den alten Zeiten Roms konnte ein Testator schlechterdings einsetzen, wen er wollte. Denn man hielt sich streng an die Worte der zwölf Tafelgesetze: pater familias uti legassit, ita ius esto. Daher konnte ein Vater seine Kinder, ein Kind seine Eltern, und die Geschwister konnten einander nach Gefallen enterben (*1). Die Testatoren aber mißbrauchten zuweilen dieses Recht; sie enterbten ihre nächsten Verwandten aus ganz nichtigen Ursachen. Daher wurde durch die Praxis der Centumviralgerichte (§. 57.) nach und nach eingeführt, daß Kinder, Eltern und Geschwister ein Testament anfechten könnten, worin sie ohne hinlängliche Ursachen enterbt oder übergangen waren. Allein diese Praxis gieng so weit, daß man auch entferntern Verwandten eine solche Klage gestattete (*2), bis durch Kaiserliche Verordnungen festgesetzt wurde, 1) daß nur Kinder, Eltern und Geschwister dazu gelassen werden sollten (*3); 2) daß sie wegfalle, wenn einer auch nicht auf sein ganzes Erbtheil, aber doch auf einen gewissen Theil, welcher der **Pflichttheil**, *portio legitima* heißt, eingesetzt wäre (*4).

(1) Ob der Vater seine Kinder mit Stillschweigen übergehen (praeterire) konnte, ist zweifelhaft. *Galvanus* de usufr. cap. 8. §. 13. sqq. *Car. Christ. Hofacker* diss. sistens historiam iuris civ. de exheredat. et praeterit. §. 4. und *Car. God. Winkler* diss. de diff. inter testamentum nullum et inofficios. cap. 3. behaupten die verneinende Meynung mit guten Gründen.

(2) Einige behaupten, auch Fremde, die nicht mit dem Verstorbenen verwandt gewesen, hätten klagen können, wenn sie dem Verstorbenen große Wohlthaten erzeigt gehabt, und er sie in seinem Testament nicht bedacht hätte. Allein dieß ist unerweislich, wie *Seeger* diss. observat. iur. civ. (Lips. 1768) p. 15. sqq. zeigt. — Man sehe auch: *Eduard Schrader* comment. de nexu successionis ab intestato et querelae inofficiosi testamenti. Goett. 1802. Sect. 1. c. 1 § 6. ꝛc.

(3) Schon Ulpian sagt in der L. 1 D. de inoff. testam. Die Seitenverwandten *ultra fratrem* thäten besser, wenn sie sich keine Kosten mit einem Proceß machten, *cum obtinere spem non haberent*. Und aus der L. 21. C. de inoff. testam. erhellet, daß zu Diocletians und Maximians Zeiten die Seitenverwandten, außer den Geschwistern, gar nicht mehr zu der Querel gelassen worden sind. *Heineccii* diss. de levis notae macula, §. 8. sqq. in opusc. pag. 274. sqq.

(4) *Winkler* l. c. Indessen ist nicht zu läugnen, daß die Lehre vom Pflichttheil schon zu den Zeiten der freyen Republik aufgekommen ist. *Zepernick* diss. (Praesid. *Nettelbladt*) historia iur. civ. de legitima portione parentum, pag 25. Vermuthlich haben die Juristen den Testatoren den Rath gegeben, ihren näch-

sten Verwandten etwas zu hinterlassen, und den Satz geltend gemacht, daß in diesem Fall das Testament nicht sollte umgestoßen werden können. Die Bestimmung des Pflichttheils auf ein Viertel ist vielleicht eine Nachahmung der Falcidischen Quart. *Glück* opusc. Fascic. 3. pag. 36. sqq.

§. 473. Neue Gesetze.

Nach diesem neuen Römischen Recht also müssen alle Personen, denen **der Pflichttheil gebührt**, entweder auf denselben eingesetzt, oder aus gerechten Ursachen davon ausgeschlossen werden. Es fragt sich demnach: 1) was ist der Pflichttheil, 2) wem gehört er, 3) wie viel beträgt er?

Der Pflichttheil ist ein Theil der Erbschaft, welcher gewissen Personen nach der Vorschrift der Gesetze nothwendig hinterlassen werden muß (*[1 a]). Die Personen, welchen er gebührt, sind a) die **Kinder**; das heißt hier Söhne, Töchter, Enkel, Urenkel rc. (*[1 b]). Vom Vater können nur die ehelichen Kinder den Pflichttheil fordern. Von der Mutter hingegen auch die unehelichen. Sind keine Kinder vorhanden, oder die vorhandenen sind durch ein Testament ausgeschlossen, und wollen oder können es nicht umstoßen: so gebührt der Pflichttheil b) den **Eltern, Großeltern, Urgroßeltern** u. s. w. Sind auch dergleichen nicht vorhanden, oder die vorhandenen sind im Testament ausgeschlossen, wollen oder können es aber nicht anfechten: so gehört c) der Pflichttheil den **Geschwistern**, doch diesen nur in dem Fall, wenn eine schändliche Person eingesetzt ist (*[2]). Alle Personen, welchen der Pflichttheil gebührt, heißen **Notherben, Pflichttheils berechtigte Erben.** (*).

Erste Anmerkung. Allein es fragt sich: können denn alle Geschwister den Pflichttheil fordern, oder nur die germani und consanguinei? Fratres *germani* nemlich, **vollbürtige Brüder**, sind solche, die aus rechtmäßiger Ehe von demselben Vater, und derselben Mutter erzeugt sind; *consanguinei*, die von Einem Vater, aber mit zwey Müttern aus verschiedenen Ehen erzeugt sind; *uterini* endlich, die Eine Mutter, aber verschiedene Väter haben. Man begnüge sich hier mit diesen Erklärungen; in der Lehre von der Intestaterbfolge werden bestimmtere gegeben werden. Ob die uterini den Pflichttheil fordern können, ist sehr zweifelhaft. Nach dem Recht des Codex gehört er ihnen nicht, aber wie steht es nach dem Recht der Novellen? Auch nach diesem sprechen Viele, und, wie ich dafür halte, mit Grund, den uterinis die legitimam ab (*[3]), wiewohl viele Rechtsgelehrte das Gegentheil behaupten (*[4]). **Den Kindern der Geschwister** gebührt kein Pflichttheil. Also von meinem Oheim, meiner Tante, kann ich einen Pflichttheil fordern (*[5]).

Zweyte Anmerkung. Die Geschwister können aber den Pflichttheil nur alsdann fordern, wenn ich eine schändliche, das heißt, eine Person zum Erben ernenne, welche a) ehrlos (infamia iuris laborans) ist, oder b) levis

notae maculam in der Bedeutung des Römischen Rechts hat (§. 62. Note); z. B. einen, der unter des Schinders Händen gewesen ist, eine öffentliche Hure rc. (*6). Wenn ich eine Person einsetze, die zu keiner dieser beyden Classen gehört, so bin ich meinen Geschwistern nichts schuldig (*7).

Wieviel ist der Pflichttheil? Nach dem alten Römischen Recht war er ohne Unterschied der vierte Theil dessen, was einer *ab intestato* würde bekommen haben. Nach der Novelle 18. aber ist der Pflichttheil zuweilen die Hälfte, zuweilen der dritte Theil. Nemlich wenn vier oder weniger Personen vorhanden sind, die den Pflichttheil fordern können, so ist er der dritte Theil; sind hingegen fünf oder mehr Personen dazu vorhanden, so ist er die Hälfte. Z. E. wenn das Vermögen 12000 Rthlr. ist, und vier Kinder vorhanden sind: so trägt es Einem ab intestato 3000 Rthlr., davon ist der Pflichttheil ein Drittel, also 1000 Rthlr. Wenn das Vermögen aus 20000 Rthlr. bestünde, und fünf Kinder da wären: so erbte jedes ab intestato 4000. Der Pflichttheil ist die Hälfte, also 2000 Reichsthaler. Eben so ist es nach der richtigern Lehre bey den Eltern und Geschwistern (*8). Dem Gedächtniß zur Hülfe hat man diese Sätze in folgende Verse gebracht:

Quatuor aut infra natis dant iura trientem,
Sed dant semissem liberis, si quinque vel ultra.

Ueber das übrige Vermögen, außer dem Pflichttheil, kann ich disponiren wie ich will, und bin weder meinen Kindern, noch Eltern, noch Geschwistern es zu hinterlassen schuldig (*9).

Noch einige Regeln vom Pflichttheil sind nicht zu übergehen. Die erste heißt: den Kindern und Eltern muß nicht allein der Pflichttheil hinterlassen, sondern sie müssen auch dabey zu Erben ernannt werden. Zum Verstande dieser Regel bemerke man: 1) nach dem alten Römischen Recht war es einerley, unter welchem Titel einer den Pflichttheil bekam. Wenn man einen Notherben enterbte, und ihm den Pflichttheil auch nur titulo legati, fideicommissi, dotis, donationis propter nuptias oder mortis causa hinterließ; so konnte er das Testament nicht angreifen (*10). 2) Allein Justinian verordnete in der 115. Novelle, daß man Kinder und Eltern, wenn sie keine Enterbung verdient hätten, zu Erben ernennen, und daß es nicht genug seyn solle, ihnen den Pflichttheil zu hinterlassen. Also ist 3 soviel gewiß, wenn man den Kindern oder Eltern den Pflichttheil hinterläßt, ohne sie zu Erben einzusetzen; so kann das Testament bestritten werden. Ernennt man sie hingegen zu Erben, so kann man ihnen den Pflichttheil hinterlassen, unter welchem Titel man will. Also wenn es hieße: meine sämtlichen Kinder sollen meine Erben seyn; mein ältester Sohn soll sich aber mit dem Pflichttheil begnügen, und ich setze ihm zu dem Ende ein *legatum* von 1000 fl.

aus, welches soviel und mehr als der Pflichttheil beträgt: so wäre die Verordnung gültig (*11). Auch 4) das schadet nichts, wenn der Testator sagte: ich hinterlasse meinem Sohn, meiner Tochter, den Pflichttheil; mein Sohn soll den Pflichttheil haben, oder auch: ich vermache meinem Sohn, meinen Eltern den Pflichttheil; denn das Wort vermachen bedeutet bey dem gemeinen Manne auch die Erbeseinsetzung (*12). Nur muß 5) der Testator nicht ausdrücklich, oder implicite dabey erklären, daß das Kind oder die Eltern nicht Erben seyn sollen. Denn thut er dieß, so ist das Testament ungültig (*13). So war es in einem bey dem hiesigen Oberappellationsgericht entschiedenen Falle, wo die Mutter gesagt hatte: **ich setze den Rath N. zu meinem einzigen und Universalerben ein, mein Sohn soll weiter nichts als den Pflichttheil haben.** Dieses Testament konnte nicht bestehen.

Eine zweyte Regel ist: der Pflichttheil muß ganz frey (absque onere, gravamine) hinterlassen werden. Ich darf einem nicht vorschreiben, daß er mit dem Pflichttheil dieß oder jenes thun, nicht thun, in Ansehung desselben sich etwas gefallen lassen soll; z. E. ich kann nicht verordnen, daß meine Kinder den Pflichttheil nicht veräußern, meiner Frau davon den Nießbrauch gestatten, ihn auf Zeit und Ziele ausbezahlt erhalten sollen rc. Dieß hat Justinian in der L. 32. und L. 36. §. 1. Cod. de inoff. test. verordnet. Will man indessen einem Notherben bey dem Pflichttheil eine Beschwerde auflegen, so muß man ihm noch außer dem Pflichttheil einen gewissen Vortheil zuwenden, und dabey verordnen, daß wenn er sich die Beschwerde nicht gefallen lässe, er nichts als den Pflichttheil haben solle. Dieß heißt die Socinische Cautel von ihrem Erfinder, Marianus Socinus, einem Italiänischen Rechtsgelehrten im 16. Jahrhundert. Will übrigens der Notherbe sich mit dem Pflichttheil begnügen, so kann er es thun, und alsdann ist er nicht schuldig, die beygefügte Beschwerde zu übernehmen (*14).

Die dritte Regel endlich ist: wenn ich einen, welchem der Pflichttheil gehört, zum Erben einsetze, ihm aber weniger hinterlasse, als der Pflichttheil beträgt: so kann er eine Klage anstellen, welche *Condictio ex L. 30. C. de inoff. test.* oder *actio expletoria* heißt. Der Kläger läßt das Testament gelten, er verlangt aber, daß ihm so viel zugelegt werde, als ihm an dem Pflichttheil fehlt (*15).

(1 a) Die ganze Geschichte der Lehre vom Pflichttheil handelt sehr ausführlich und gut ab *Zepernick* diss. (§. 472.) cit. — Ein neuer Versuch über die Lehre vom Pflichttheil von G. Möller. Amberg 1801. ist nicht befriedigend.

(1 b) Hiebey ist aber nicht zu vergessen, daß ich, wenn ich Kinder und von diesen auch Enkel, hinterlasse, ich nur den Kindern, nicht deren Kindern, meinen Enkeln, den Pflichttheil schuldig bin. Wenn ich also z. B. meinen Sohn enterbe,

erbe, und er mich überlebt, so können dessen Kinder, ob sie gleich unschuldig sind, nichts von meiner Verlassenschaft verlangen.

(2) Ich bemerke noch 1) das Recht, auf den Pflichttheil und das Recht *ab intestato* zu erben, sind zwey völlig verschiedene Dinge. Nicht jeder, der ab intestato erbt, z. B. die Bruderskinder, kann darum auch den Pflichttheil fordern. Auch die Ordnung, nach welcher die Intestaterben auf einander folgen, ist von der Ordnung bey dem Pflichttheil ganz verschieden. Z. B. ab intestato erben die vollbürtigen Geschwister mit den Eltern; den Pflichttheil hingegen können die Geschwister nicht verlangen, wenn Eltern vorhanden sind. Diese äußerst wichtigen Sätze hat *Glück* diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate sect. 1. §. 6. in opusc. fascic. 3. pag. 47. sqq. ausführlich erläutert und erwiesen.

(*) Man unterscheidet nothwendige und willkührliche Erben — heredes necessarios et voluntarios. Dieser Unterschied kommt aber in einer doppelten Rücksicht vor: 1) in Beziehung auf die Erwerbung des Erbrechts; davon, als der eigentlich Römischen Bedeutung jener Ausdrücke, §. 536. mit Mehrerm. 2) in Ansehung der Erbenseinsetzung (§. 471.). Hier sind nothwendige oder Notherben, diejenigen, die man nur als Erben einsetzen oder in bestimmter gesetzlicher Form von der Erbschaft ausschließen muß; willkührliche Erben hingegen (voluntarii), bey denen diese Nothwendigkeit nicht Statt findet. Alle nothwendigen Erben haben einen rechtlichen Anspruch auf den Pflichttheil; aber nicht umgekehrt: alle, denen der Pflichttheil gebührt, sind darum auch schon nothwendige Erben. Z. B. die Brüder und Schwestern müssen zufrieden seyn, wenn ihnen der Pflichttheil, in Fällen, da sie ihn fordern können, nur als Vermächtniß oder sonst titulo singulari zu Theil wird. Es ist nicht erforderlich, daß sie zu Erben eingesetzt werden, wie das auch die Folge dieses §. näher zu erkennen giebt. Treffender würde unstreitig der Ausdruck *successores* necessarii seyn, um sowohl die eigentlichen Notherben, als auch die Geschwister mit zu begreifen. *Arnold. Heise* diss. de successoribus necessariis Goett. 1802; eine Schrift, deren Nachlese hiebey sehr empfehlenswerth, und deren Fortsetzung zu wünschen ist. Der Verfasser giebt folgende Erklärung: successores necessarios eos voco cognatos, quibus a testatore non debito modo honoratis remedia contra testamentum comparata sunt. W.

(3) *G. L. Boehmer* diss. de querela inoff. donat. fratr. §. 3. in Elect. iur. civ. tom. 1. p. 250. *Püttmann* diss. de querela inofficiosi fratribus uterinis haud concedenda. Lips. 1769. in opusc. num. 1. Eiusdem progr. vindicias diss. continens ibid. n. 2. *Herm. Lorenz* diss. utrum fratribus uterinis, turpi herede scripto, legitima relinquenda sit, nec ne? (Goett. 1774.) §. 6. seqq.

(4) *Westenberg* de legitima diss. 2. cap. 4. *Marckart* interpret. receptar. iuris civ. lection. lib. 1. cap. 14. pag. 60. *I. H. Boehmer* diss. de querela inoff. fratr. consanguineor. §. ult. ex. ad Pand. vol. 2. pag. 815. *Finestres* ad tit. de inoff. testam. cap. 5 pag. 71. sqq. *Trummer* diss. de querela inoff. fratribus uterinis haud deneganda. Erlang. 1783.

(5) Das Gegentheil behaupten zwar Verschiedene, z. E. *Boehmer* diss. cit. §. 25. *Toullieu* in collectan. pag. 237. allein man s. *Püttmann* interpret. cap. 31. *Glück* opusc. fascic. 3. pag. 9.

(6) Zur weitern Aufklärung dessen, was ich von dem Pflichttheil der Geschwister

gesagt habe, wird es nützlich seyn, die Geschichte dieses Artikels zu erzählen, und die Gesetze selbst herzusetzen. Ob vor Constantin M. die uterini ein Testament durch die querelam inofficiosi umstoßen konnten, und ob den Geschwistern diese Klage nur gegen eine verächtliche Person zugestanden habe, ist zweifelhaft. *Glück* l. c. u. Ert. d. Pand. VI. Th. pag. 543. Gewiß ist: Constantin M. verordnete in der L. 1. und 3. Cod. Theod. de inoff. testam. daß 1) nicht die fratres uterini, sondern nur die Brüder von einerley Vater diese Klage haben sollten, und 2) nur in dem Fall, wenn eine schändliche oder verächtliche Person zum Erben ernannt wäre. Die Worte der L. 1. sind: Fratres *uterini* ab inofficiosis actionibus arceantur, et *germanis* tantummodo fratribus adversus eos duntaxat institutos heredes, quibus inustas constiterit esse notas detestabilis turpitudinis, agnatione durante, sine auxilio praetoris, petitionis aditus reseratur. Constantin versteht unter den germanis höchstwahrscheinlich alle Brüder, die Einen Vater haben, also die consanguineos sowohl, als die vollbürtigen Brüder. Denn er setzt ja germanos und uterinos einander entgegen, und die consanguinei werden auch von andern lateinischen Schriftstellern germani genannt. *Püttmann* opusc. p. 61. β) und der dort angeführte *Reiz* de ambiguis p. 244. Die L. 3. sagt: Servus necessarius heres instituendus est, quia non magis patrimonium, quam infamiam consequi videtur. Unde adparet, actionem inofficiosi fratribus relaxatam, cum *infamiae adspergitur vitiis* is, qui heres extitit, omniaque fratribus tradi, quae per *turpitudinem* aut *aliquam levem notam* capere non potest institutus. Ita in hac quoque parte, si quando libertis heredibus institutis fratres fuerint alieni, inofficiosi actione proposita praevaleant in omnibus occupandis facultatibus defuncti, quas ille perperam ad libertos voluerat pertinere. Auch hier muß ich verschiedenes anmerken. 1) Nach diesem Gesetz soll kein Freygelassener den Geschwistern vorgezogen werden, ausgenommen ein servus necessarius heres institutus; das heißt, wenn ich verschuldet bin, und einen Sklaven zum Erben einsetze, der dann dadurch zugleich seine Freyheit bekommt (§. 483.), so können die Geschwister nichts dagegen haben. Denn der Sklav bekommt nichts vom Vermögen, non magis patrimonium, quam infamiam consequi videtur. Er hat den Schimpf, daß das Vermögen unter seinem Namen aufgesteckt wird. (§. 537.) 2) Wer die Personen sind, quae per levem notam capere non possunt, habe ich oben (§. 62.) erklärt.

Justinian schmelzte die beyden Constantinischen Gesetze zusammen, und machte die L. 27. de inoff. testam. in seinem Codex daraus. Diese lautet also: Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur; *consanguinei* autem, *durante agnatione vel non*, contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes *infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula* adspergantur, vel liberti, qui perperam, et non bene merentes, maximisque beneficiis suum patronum adsequuti, instituti sunt; excepto servo necessario instituto.

Daß hier manches an Constantins Gesetzen verändert ist, fällt in die Augen. 1) Ist anstatt germani gesetzt consanguinei. Vermuthlich dachten die Verfertiger des Justinianeischen Codex, man möchte das Wort germani in der eigentlichen Bedeutung nehmen, und also glauben, die consanguinei könnten keine

Querel anstellen. *Marckard* l. c. Sie hätten aber in dieser Rücksicht auch die germanos nicht auslassen, sondern *germani et consanguinei* setzen sollen. 2) Anstatt durante agnatione setzen sie: durante agnatione *vel non*. Vielleicht deswegen, weil K. Anastasius in der L. 4. C. de legit. tut. (V. 30.) den Unterschied zwischen suis und emancipatis aufgehoben hatte, vielleicht aus einer andern Ursache. *Püttmann* l. c cap. 1. §. 5. p. 12. 3) Constantin giebt nur zwey Arten von Personen an, gegen welche die querela inofficiosi Statt finden soll, *turpes* oder infames und *levi nota* laborantes. Man muß also nicht glauben, daß die infamia adspersi und turpitudine adspersi in der L. 27. zweyerley Personen seyn. *G. L. Boehmer* diss. de querela inoff. donat. § 12. (4) Constantin will, daß die Geschwister gegen einen Freygelassenen die Querel sollen anstellen können. Justinian setzt die Ausnahme hinzu: wenn der Freygelassene dem Patron große Wohlthaten erzeigt hat, so kann er mit Ausschliessung der Geschwister eingesetzt werden. Also wenn der Freygelassene den Patron mit Undank belohnt, oder ihm wenigstens keine Wohlthaten erzeigt hat; so hat die querela inofficiosi Statt. Man s. *Püttmann* interpret. et observat. cap. 29.

Offenbar ist diesemnach, daß die uterini nach der L. 27. C. keine Querel anstellen können. Allein es fragt sich, ob dieß Gesetz nicht durch die Nov. 118. Cap. 4. aufgehoben ist, und die uterini zur Querel gelassen sind? Die, welche es behaupten, z. B. Westphal von Testamenten § 381 rc. u. a. m. vid. Stein von pflichtwidr. Testam. § 29. sagen, die Raison der L. 27. fällt weg, also muß auch das Gesetz wegfallen. Die uterini sind nemlich im Codex blos deswegen von der Querel ausgeschlossen, weil sie keine Agnaten waren, und nicht ab intestato erbten. Nach der 118. Novelle aber ist der Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten in der Intestaterbfolge aufgehoben, die Cognaten erben so gut, wie die Agnaten, folglich müssen nun auch die uterini zur Querel gelassen werden. Das stärkste, was die Gegner darauf antworten, ist: 1) man kann von dem Recht, ab intestato zu erben, nicht auf das Recht, den Pflichttheil zu fordern, schließen, d. i. nicht jeder, der ab intestato erbt, kann auch deswegen den Pflichttheil fordern; 2) schon zu der Zeit, als die L. 27. in den Codex gesetzt wurde, erbten die uterini ab intestato, vermöge der L. 14. C. de legit. hered. und doch wurden sie in der L. 27. von der Querel ausgeschlossen. Allein die ersten repliciren auf 1): wenn jemand anfangs blos deswegen vom Pflichttheil ausgeschlossen war, weil er nicht ab intestato erbte, und nun zu der Intestaterbfolge gelassen wird, so wird ihm auch ein Recht auf den Pflichttheil gegeben. Auf 2): in der L. 14. de legit. hered. ist es den uterinis als eine besondere Wohlthat ausnahmsweise zugestanden, daß sie unter allen Cognaten allein zur Intestaterbfolge kommen sollen. Diese Rechtswohlthat konnte man nicht soweit ausdehnen, daß man die uterinos auch zur Querel ließ. Nach der Nov. 118. hingegen ist ihnen mit allen Cognaten ein Erbrecht gegeben worden, und nun ist nicht mehr abzusehen, warum sie nicht so gut, wie die germani und consanguinei die Querel sollten anstellen können. Oder, sie sagen: Tribonian hat im Jahr 528. die Gesetze Constantins in den alten Codex aufgenommen, ehe L. 14. de legit. hered. (im Jahr 532.) gegeben war, und nachher vergessen, sie auszustreichen, als er im Jahr 534. die L. 14. in den neuen Codex setzte. Man sieht aber leicht, daß diese Repliken nicht befriedigend, und die Gründe gegen die uterinos stärker, als die für sie sind.

Aus dem bisher Gesagten erhellet nun, daß die Meynung Herts in s. diss. de fratris germani querela inoff. advers. quoscunque sect. 2. §. 2. und Waters obs. iur. rom. lib. 1. cap. 12 als ob die germani gegen jede, auch ehrbare Person, die Querel anstellen könnten, ohne Grund ist. Diese Rechtsgelehrten nehmen an, daß Constantin unter den germanis blos die consanguineos verstanden, und in Ansehung der vollbürtigen Geschwister das alte Recht nicht geändert habe; eine Voraussetzung, die alles gegen sich hat. S. *I. H. Boehmer* diss. cit. pag. 802. sqq. *Fein* diss. de herede suo, sub conditione instituto, sect. 1. §. 2.

(7) Ein uneheliches Kind kann, nach der richtigern Meynung, eingesetzt werden, ohne daß darum die Geschwister das Testament angreifen könnten; denn es hat nach Römischem Recht nicht levis notae maculam, und der Geburtsflecken, welcher ihm nach deutschen Gesetzen anklebt, ist ein Ding von einer ganz andern Art als jene Römische macula. *Gottl. Sturm* diss. de spurio herede instituto querelam inofficiosi testam. fratri excluso non procreante, Viteb. 1733. *Püttmann* diss. de querela inofficiosi testam. fratribus atque sororibus contra spurios haud competente, in opusc. p. 217. sqq. Glück's Pandekt. VI. 543 und das. angef. DD.

(8) Hier sind drey Fragen: 1) hat Justinian den Pflichttheil der Eltern und Geschwister so wie bey den Kindern von $\frac{1}{4}$ auf $\frac{1}{3}$ erhöhet? 2) kann er auch hier auf die Hälfte steigen? 3) ist er $\frac{1}{3}$ oder die Hälfte der ganzen Erbschaft, oder nur der Portion, welche den Eltern oder Geschwistern ab intestato zugefallen seyn würde? Die erste Frage ist zu bejahen. Denn nachdem Justinian in der Nov. 18. cap. 1. verordnet hat, daß der Pflichttheil bey Kindern und Enkeln vermehrt seyn solle, so schließt er: hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio quartae, ratio de inofficioso lege decreta est, und in der Nov. 89. cap. 12. §. 3. sagt er: si vero habeant hi, quos praediximus, aliquos ascendentium: legitimam eis relinquant partem, *quam lex et nos constituimus.* Die zweyte Frage ist sehr schwierig und streitig. *Glück* diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate §. 17. sqq. (in opusc. fascic. 3. welches die Hauptschrift in dieser Materie ist) zeigt, daß der Pflichttheil in gewissen Fällen allerdings auf die Hälfte steigen könne, und bestimmt diese Fälle. Einer davon ist folgender: ich habe 5000 Thlr. im Vermögen, setze meinen Vater im Pflichttheil, meine vier Geschwister aber im übrigen Vermögen ein. Ohne Testament würde der Vater 1000 Thlr. bekommen haben, als Pflichttheil erhält er 500. Die dritte Frage ist dahin zu beantworten: der Pflichttheil ist nur $\frac{1}{3}$ oder die Hälfte dessen, was der Berechtigte in der gesetzlichen Erbfolge würde erhalten haben — Die Rechtsgelehrten sind freylich in ihren Meinungen über die Bestimmung und Berechnung des Pflichttheils sehr verschieden. Man sehe Glück l. c. dessen Ansichten der Sache auch G. J. Stein von pflichtwidrigen Testamenten §. 49. 2c gefolgt ist. Daß 1) der Pflichttheil eigentlich nur portio portionis ab intestato competentis sey, ist den von K. Justinian nicht abgeänderten Gesetzen, und dem Ausdrucke seiner eignen Vorschriften völlig gemäß. L. 8. §. 6 et 8. D. de inoffic. testam. vergl. Paullus recept. sentent. IV. 5 6. L. 8. L. 31. C. §. 7. I. eod. Nov. 1. c. 1. Nov. 22 cap. 48. Wenn ausser den Personen, denen der Pflichttheil gebührt, keine andere Intestaterben vorkommen, und alsdann von der legitima

jener Personen insgesammt die Rede ist; so macht es freylich keinen Unterschied, ob man sagt: der Pflichttheil ist ein Theil des ganzen Nachlasses, oder: ein Theil dessen, was man ab intestato bekommen würde. Kommt aber in solchem Falle die legitima eines einzelnen Theilnehmers unter mehrern zur Frage, so ist sie natürlich nicht die Hälfte oder der dritte Theil des Ganzen, sondern seines Intestaterbtheils. *Huber* ad Inst. II. 18 9. Allein vorzüglich zeigt sich hierin ein grosser Unterschied, wenn ausser den eigentlichen Pflichttheilsberechtigten noch andere Intestaterben vorkommen, z. B. der Verstorbene hatte einen Vater, und einen leiblichen Bruder hinterlassen, den erstern bloß im Pflichttheil, den letztern aber überhaupt zum Erben ernannt. Die Verlassenschaft betrug 12000 fl. Ward hier der Pflichttheil des Vaters als ⅓ seines Intestaterbtheils berechnet, so bekam er 2000 fl. Wollte man hingegen die legitima aus der ganzen Verlassenschaft berechnen, so betrug das Drittel 4000 fl., mithin noch einmal so viel, als nach jener ersten und den Gesetzen nach richtigern Berechnung. 2) Es hat daher allerdings seine Richtigkeit, daß in der Berechnung des Pflichttheils die Personen, nach deren Anzahl die Theile der gesetzlichen Erbfolge zu bestimmen sind, mitgezählt werden müssen, wenn sie gleich selbst den Pflichttheil nicht fordern können. Aber unrichtig ist es, eben dieses auch bey der Bestimmung des Pflichttheils überhaupt, ob er nemlich ⅓ oder die Hälfte seyn soll, in Anwendung zu bringen. Dies hängt bloß von der Zahl der Personen ab, denen der Pflichttheil gebührt. Anders läßt sich Justinians Verordnung in Nov. 18. nicht füglich erklären, womit auch der Verfasser selbst im §. übereinstimmt. Man sehe auch *Ant.* de *Faber* errorib pragmaticor. XV. 4. Hiernach kann also in dem vorhin angeführten Beyspiele, da Jemand mit Hinterlassung eines Vaters und 4 Brüder verstirbt, der väterliche Pflichttheil nicht die Hälfte, weil den Brüdern kein Pflichttheil zukommt, sondern nur ⅓ der Intestaterbsportion betragen, obgleich der angeführte Glück das Gegentheil vertheidigt, und sämmtliche Intestaterben ohne Unterschied, auch als numerum facientes (not. sqq.) mitgezählt wissen will. W.

(9) In der Lehre vom Pflichttheil sind zwey Redensarten zu bemerken: numerum facere und partem facere. Wenn man eine Person mitzählt, um zu bestimmen, der wievielste Theil der Pflichttheil, ob er die Hälfte oder ein Drittheil sey, so heißt es: persona haec numerum facit. Zählt man eine Person, zu bestimmen, wie viel der Notherbe von jener Hälfte oder jenem Drittheil bekomme, so heißt es partem facit. Z. E. wenn fünf Kinder vorhanden und eins enterbt wäre, so wird das enterbte mitgezählt, damit der Pflichttheil die Hälfte ausmache, also der Enterbte numerum facit (ad augendam portionem legitimam. Allein von dieser Hälfte bekommt jedes der eingesetzten Kinder nur ⅕, der Enterbte wird auch hier mitgezählt, partem facit (ad minuendam legitimam), ob er gleich nichts bekommt, sondern sein Theil dem an seine Stelle eingesetzten Erben zufällt.

(10) §. ult. I. L. 8. § 6. D. L. 29 C. de inoff. test. (III, 28.) L. 17. C. de collat. (VI. 20.)

(11) Die Nov. 115. cap. 3. sagt: sancimus, non licere penitus patri vel matri etc. suum filium vel filiam praeterire aut exheredare testamento, *nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem*, nisi probabuntur ingrati. Und cap. 5. *si qui* (Eltern oder Kinder) *heredes fuerint nominati*,

etiamsi certis rebus iussi fuerint esse contenti, *hoc casu testamentum nullatenus solvi praecipimus*; quidquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri. Justinian hat also in der 115. Novelle nicht schlechterdings vorgeschrieben, daß der Pflichttheil *titulo institutionis* verlassen werde, wie Viele behaupten. Er will nur, daß man Kinder und Eltern zu Erben einsetze, oder sie aus einer rechtlichen Ursache ausschließe. Wenn ich also meine Kinder und Eltern zu Erben ernenne, so ist es gleichgültig, unter welchem Titel ich ihnen den Pflichttheil zuschreibe. Hingegen geht es nicht an, daß ich sie ohne Anführung einer hinlänglichen Ursache übergehe, oder enterbe, und ihnen den Pflichttheil unter einem andern als dem Erbschaftstitel hinterlasse. Man s. *Strauch* ad L. Decis. Ex. 4. cap. 3. n. 6. p. 90. *Westenberg* de part. legit. Diss. 4. cap. 1. §. 7. 8. *Poll* de exheredat. cap. 25. p. 109. sqq. *Finestres* de lib. et post. p. 67. sqq. *Pufendorf* Tom. 4. obs. 45. Indessen möchte freylich der Fall selten vorkommen, daß ein Testirer den Notherben zum Erben erennete, und ihm doch den Pflichttheil nicht *titulo institutionis*, sondern nur als ein Legat hinterließe. Wäre der Notherbe eingesetzt, und ihm der Pflichttheil noch außerdem prälegiret, ein Fall, welchen Westenberg und Poll anführen, so hätte die Sache gar kein Bedenken. Wie aber, wenn ein Vater (wie bey Strube rechtl. Bed. 3. Bnd. 18. Bed.) sagte: weil meine Kinder erster Ehe bereits vorhin ihre sowohl väterliche als mütterliche Erbschaft erhalten haben, mithin mich nicht beerbfällen können, so setze ich meine Kinder zweyter Ehe zu Erben ein. Ich halte mit *Leyser* sp. 356. med 9. ein solches Testament für gültig, denn es liegt darin keine beschimpfende Enterbung. Indessen ist Strube mit Mehreren anderer Meynung. Man s. auch *Wahl* diss. de iusta liberos heredes instituendi forma, §. 18.

(12) *Leyser* sp. 356. m. 3. *Pufendorf* l. c. *Hommel* rhapsod. obs 547.

(13) Einen Fall, wo der Testirer im Eingang des Testaments seine Mutter übergieng, am Schluß aber doch noch einsetzte, hat *Boehmer* consil. tom. 2. resp. 802.

(14) Heinr. Wilh. Koch über die Socinische Cautel, Giessen 1786. 8.

(15) Nach dem Recht der Pandecten konnte auch der querelam inofficiosi testamenti anstellen, welcher zum Erben, aber doch nicht auf den vollen Pflichttheil ernannt war. Die Querel war nur alsdann ausgeschlossen, wenn der Notherbe die ganze Quart bekam. Justinian verordnete aber in der L. 30. C. de inoff. testam. daß der, welcher nicht auf den vollen Pflichttheil eingesetzt sey, aber doch etwas als Erbe, oder durch ein Legat oder Fideicommiß erhalte, nur auf die Ergänzung des Pflichttheils solle klagen können. *Vinn.* ad §. 3. I. h. t.

§. 474. Was ist die Enterbung?

Die Enterbung ist eine ausdrückliche Ausschließung dessen, dem der Pflichttheil gehört, von der ganzen Erbschaft (*). Also 1) eine Ausschließung von der ganzen Erbschaft. Wenn ich einen auch nur in einer Kleinigkeit zum Erben einsetze, so ist er nicht enterbt. Noch weniger ist der enterbt, welcher in dem ganzen Pflichttheil zum Erben ernannt ist (**). 2) Sie ist eine Ausschließung dessen, dem der Pflichttheil gehört. Wenn ich einen von meiner Erbschaft ausschließe, welcher den Pflichttheil nicht zu

fordern hat, z. E. meinen Onkel, meinen Neffen: so heißt es keine Enterbung. 3) Ist sie eine ausdrückliche Ausschließung. Ich erkläre, daß diese Person nicht mein Erbe seyn soll. Mit welchen Worten ich dieß thue, ist gleichgültig. Es war nach Römischem Recht eine Enterbung, wenn ich sagte: filius fiat alienus meae substantiae (*2). Bey uns würde es als eine Enterbung gelten, wenn es hieße: meinen Sohn übergehe ich; oder: meinen ältesten Sohn habe ich mit Fleiß nicht bedacht (*3). Ja ich glaube, daß auch eine indirecte Ausschließung als eine Enterbung gelten kann, z. E. wenn es hieße: meine Tochter setze ich zu meiner einzigen Erbin ein, weil mein Sohn sich unter eine Bande Gauckler begeben hat.

Von der Enterbung ist die *praeteritio* unterschieden. Wenn ich einen nicht zum Erben einsetze, aber auch nicht ausdrücklich erkläre, daß er nicht erben soll, so ist er nicht enterbt, sondern übergangen (praeteritus est) (*4).

(*) Nach Anleitung des vorhin Bemerkten vielleicht bestimmter: die ausdrückliche Ausschließung eines sonst nothwendigen Erben von der ganzen Erbschaft. Die neueste Schrift über diese Lehre: Systemat. Entwickelung der Lehre von der Enterbung von F. E. Bool. Schleßwig 1799. erschöpft die Sache nicht von allen Seiten. W.

(1) Nach dem Römischen Recht ist einer nicht auf die gehörige Art enterbt, wenn ich ihn in Ansehung eines Theils der Erbschaft enterbe, z. E. wenn ich sage: filius fundi exheres esto; oder filio decem do lego, in caetera parte exheres esto. L. 19. D. de lib. et post. denn, sagt man, es ist widersprechend zu sagen, fundi exheres esto. Wer nur von einer einzelnen Sache ausgeschlossen wird, ist nicht enterbt. Eben so widerspricht es sich, wenn ich einem eine Summe legire, und sage: ex cetera *parte* exheres esto. Denn ich habe ihn ja nicht in *parte* eingesetzt. Heutigestages wird auf diese Subtilitäten nicht gesehen. Ich kann z. E sagen: mein Sohn soll 1000 Thlr. haben, in Ansehung meiner übrigen Erbschaft enterbe ich ihn; oder: ich enterbe meine Enkelin bis auf den Pflichttheil. *Poll* de exheredat cap. 76. §. 5. *Leyser* sp. 356. med. 7. Indessen sind andere Juristen der Meynung, daß die Enterbung ungültig sey, wenn man einem Kinde ein Vermächtniß hinterlasse, und es von der übrigen Erbschaft exheredire *Wernher* P. 6. Obs. 210. *Bauer* diss. de e. q. i. e. circa formam exhered. §. 7. dieß ist aber, meines Erachtens nur alsdann wahr, wenn aus dem Testament erhellet, daß das Kind wirklich enterbt seyn solle, und doch keine rechtliche Ursache angeführt ist (§. 473.)

(2) L. 3. C. de lib. praet. (VI 28).

(3) *Boehmer* diss. de verb direct et obliq. §. 18.

(4) Die praeteritio besteht also nicht immer in einem völligen Stillschweigen. Man kann eines im Testament gedenken, und er ist doch praeteritus. Es war z. B. eine praeteritio, wenn Jemand sagte: cum filius meus ingratus erga me fuit, Sempronium heredem instituo. Auch ist einer für übergangen zu halten, dessen man blos in einer Bedingung erwähnt, *in conditione tantum positus*. Z. B. wenn es heißt: si filius meus heres non erit, Seius heres esto. Hier ist der Sohn implicite, und wahrlich deutlich genug, eingesetzt. Dem ungeachtet

wird er als praeteritus angesehen. — *Positus in conditione, non positus est in institutione.* — Diesem Princip gemäß sagt Pomponius L. 16 D. de vulg. et pup. subst.: si secundum testamentum ita fecerit pater, ut sibi heredem instituat, *si vivo se filius decedat*: potest dici, non rumpi superius testamentum, quia secundum non valet, in quo filius praeteritus sit. Daß man aber bey uns den Sohn für übergangen, und daher das Testament für null halten könne, dieser Meynung bin ich nicht, wiewohl Viele, z. B. *Stryk* de testam. cap. 16. §. 3. *Harpprecht* de tacita heredis institutione, n. 5. sqq. und neuerer Zeit auch *F. C. Weichsel* (*I. C. Koch*) diss. de praeteritione iusta adiecta causa. Giesae 1797. §. 3. sie behaupten. Ich sehe vielmehr jenen Satz als eine Folge des schon im neuern Römischen Recht L. 15. C. de testament. L. 3. c. de lib. praeter. etc. hier ganz bey Seite gesetzten Formularwesens an; *I. H. Boehmer* diss. de verb. direct. et obliqu. §. 16. etc. in *Eiusd.* Exercit. ad Pand Tom. 1. *Wahl* diss. de iusta liberos heredes instituendi forma, §. 18. et 25. Man sehe oben §. 442.

§. 475. Drey Fragen bey der Enterbung.

In der Lehre von der Enterbung und Uebergehung ist dreyerley zu bemerken: 1) was ist die vorgeschriebene Form der Enterbung? 2) was sind die rechtmäßigen Ursachen derselben? 3) worin besteht die Wirkung der Enterbung und der Präterition? Von der Form wird im nächstfolgenden Abschnitt, von den Ursachen im 477. u. f. f. §§. und von den Wirkungen im Titel de inofficioso testamento gehandelt.

§. 476. Von der Enterbung der Kinder.

Was ist also die Form der Exheredation? Schon in den alten Römischen Gesetzen ist bey der Enterbung der Kinder vorgeschrieben, daß sie 1) unbedingt (pure) geschehen soll. Dieß sagen Hermogenian und Ulpian ausdrücklich (*1). Jener führt auch die Ursache an: certo enim iudicio liberi a parentum successione removendi sunt. Die Eltern müssen nicht in ihrem Entschluß wanken, wenn sie die Kinder enterben wollen. Gleichwohl lehren Papinian (*2) und Ulpian (*3): man könne einen filium suum sub conditione *potestativa* zum Erben ernennen. Thut man dieß, so enterbt man ihn implicite auf den Fall, daß er die Bedingung nicht erfüllen wird. Ja Marcian sagt sogar (*4), man könne den Sohn unter einer casuellen Bedingung enterben, wenn man ihn nur unter der gegentheiligen einsetze. Wo bleibt da das certum iudicium (*5)? Wenn dieß nicht Widersprüche oder wenigstens übersubtile Subtilitäten sind, so giebt es gar keine. Sollte also der Fall heutigestages vorkommen, daß Jemand einen Notherben bedingt enterbte: so glaube ich nicht, daß das Testament deswegen nichtig wäre; und wäre vollends eine gerechte Ursache der Enterbung angeführt, so könnte der Enterbte gar nichts dagegen unternehmen (*6). Z. E. Jemand sagte: wenn mein Sohn, wozu er Neigung bezeigt hat, sich zu einer Sociniani-

schen

schen Gemeinde begiebt, so soll er enterbt seyn. Oder: ich könnte meinen Sohn, da er mich geschlagen hat, geradezu enterben, will es aber doch nur auf den Fall thun, wenn er die N. heyrathet. Oder: mein Sohn hätte die Enterbung wohl verdient, da er mir nach dem Leben gestanden hat. Indessen soll er nur auf den Fall enterbt seyn, wenn ich außer ihm noch Kinder hinterlasse. Man vergleiche das, was ich unten §. 491. von der bedingten Einsetzung der Notherben angeführt habe.

2) Sie muß auf jeden Miterben und auf jeden Substituten gehen (fieri debet ab omnibus heredibus et ab omni gradu). Das heißt, wenn ich mehrere Miterben in verschiedenen Sätzen ernannte, so müßte ich die Enterbung so ausdrücken, daß sie sich nicht auf Einen, sondern auf alle Miterben bezog.

Z. E. wenn ich sagte: A. heres esto. Filius exheres esto. B. heres esto. oder, wenn es hieß: A. heres esto. B. heres esto. Filius exheres esto. So war die Enterbung nicht auf die gehörige Art geschehen. Es hätte heißen müßen: A. heres esto. Filius exheres esto. B. heres esto. Filius exheres esto. Eben so wenig war es richtig ausgedruckt, wenn ich gesagt hätte: Titius, excluso filio, heres esto. Caius heres esto. Ich hätte sagen sollen: Titius et Caius, excluso filio, heredes sunto. oder: Filius exheres esto. Titius et Caius heredes sunto. Wenn ich einen Erben dem andern substituirte, das ist, einen zweyten auf den Fall ernennete, wenn der erste nicht erben will, oder nicht kann (§. 496.): so mußte ebenfalls die Enterbung sich auf alle Erben beziehen. Z. E. man mußte nicht sagen: Titius heres esto. Si heres non erit, Caius heres esto. Filius exheres esto. Auch nicht: Titius heres esto. Filius exheres esto. Si Titius heres non erit, Caius heres esto. Sondern: Titius heres esto. Filius exheres esto. Si Titius heres non erit, Caius heres esto. Filius exheres esto. oder kürzer: Filius exheres esto. Titius heres esto. Si Titius heres non erit, Caius heres esto. Da diese ganze Vorschrift sich bloß auf die Formularjurisprudenz der Römer bezieht: so wird sie bey uns nicht beobachtet (*7).

3) Die Söhne mußten namentlich, die Töchter und Enkel konnten überhaupt und unbestimmt (inter caeteros) enterbt werden. Wenn ich z. E. zwey Söhne, eine Tochter und Enkel von einem verstorbenen Sohn hatte, so konnte ich sagen: meine beyden Söhne sollen meine Erben seyn, alle übrige enterbe ich (*8).

Namentlich ist übrigens einer enterbt, wenn man ihn entweder mit Namen nennet, oder doch einzeln und genau bezeichnet; alia certa demonstratione, quae vice nominis fungitur, wie Ulpian L. 34. D. de condit. et demonstr. sagt. Z. E. meine älteste Tochter soll enterbt seyn, mein Sohn, der

Uun

Candidat der Theologie, soll enterbt seyn (*9). Habe ich nur einen einzigen Sohn, so kann ich auch sagen: mein Sohn soll enterbt seyn. Nach Justinians Verordnung L. ult. C. de lib. praet. (VI. 28.) müssen alle Descendenten, ohne Unterschied des Grades und des Geschlechts, also Söhne, Töchter, Enkel, Enkelinnen rc. namentlich enterbt werden (§. 526. 527.).

Es fragt sich nur, ob dieses Erforderniß: die Enterbung muß namentlich, nicht *inter caeteros* geschehen, auch bey uns angenommen sey? Ob also ein Vater, der z. E. zwey Söhne und eine Tochter hat: nicht sagen könne: ich setze mein ältestes Kind zum Erben ein, die übrigen enterbe ich, weil sie mich mit Schlägen gemißhandelt haben. Ich halte mit Poll und Böhmer (*10) dafür, daß jene Vorschrift ebenfalls aus dem Römischen Formular-Recht herzuleiten, und daher bey uns nicht anwendbar ist. Das versteht sich übrigens von selbst, daß der Enterbte genau muß bezeichnet seyn, damit man gewiß weiß, wen der Testator gemeynt habe. Dieß folgt aus der Natur der Sache.

Wir wissen also, was die Form der Enterbung der Kinder nach dem Recht der Pandecten und des Codex war. Nun bemerke man: wenn diese Form beobachtet worden ist, so heißt es exheredatio *rite* facta est: Wo nicht, war sie nicht *rite* geschehen, so wurde sie nicht als Enterbung, sondern als Präterition angesehen.

Allein nach dem Recht der Novellen gehört es bey der Exheredation der Kinder und Eltern noch 4) zur Form des Actus, daß sie aus einer im Testament angeführten rechtmäßigen Ursache geschehe (*11).

(1) L. 18. pr. de B. P. c. t. L. 3. §. 1. de lib. et. post.

(2) L. ult. de condit. instit.

(3) L. 4 pr. de hered. instit.

(4) L. 86. de hered. instit.

(5) *Poll* de exheredat. cap. 73. et 74.

(6) Anderer Meynung ist *Stryk* de success. ab intest. diss. 9 cap. 5. §. 18. *Bauer* diss. de eo, quod iustum est circa formam exheredationis, §. 8.

(7) *Bauer* l. c. §. 9.

(8) Also nur wenn ich sagte: caeteri omnes exheredes sunto, war es eine exheredatio inter caeteros. Sagte ich hingegen: caeteri omnes *filii* exheredes sunto: so wurde die Enterbung als eine namentliche angesehen. L. 25. D. de lib. et post. *Finestres* ad h. tit. p. 103. Auch die männlichen postumi mußten namentlich enterbt werden: quicunque mihi filius genitus fuerit, exheres esto. §. 1. I. h. t. ibique *Vinn.*

(9) *Vinn.* ad pr. h. t n. 5. *Poll.* l. c. cap. 72. *Leyser* sp. 356. med. 6.

(10) *Poll.* cap. 18. n. 1. *Boehmer* introd. in ius dig. tit. de lib. et post § 10. Anderer Meynung ist *Weichsel* (*I. C. Koch*) diss de praeteritione iust. adiect causa §. 2.

(11) Die Form des alten, und die Form des neuen Rechts, oder der 115. Novelle sind wohl zu unterscheiden. C. C. *Hofacker* Diss. sist. histor. iuris

civilis de exheredatione et praeterit. ad. Nov. 115. et L. 4. C. de lib. praet. Tubing. 1791. Ob die Form der Novelle wesentlich sey, d. i. ob deren Nichtbeobachtung das Testament annullire, wird unten (§. 525.) untersucht werden.

§. 477. Ursachen der Enterbung.

Nach dem alten Recht nemlich war es nicht erforderlich, wenn man Jemand enterbte, daß man im Testament eine Ursache anführte. Der Enterbte konnte indessen, wenn er behauptete, daß er die Enterbung nicht verdient habe, eine Klage gegen das Testament anstellen, *querelam inofficiosi*, und nun untersuchten die Centumviri (*[1]), oder die Richter, welche über Erbstreitigkeiten urtheilten (§. 57.), wie sich der Enterbte aufgeführt, ob er also nach ihrem Ermessen und Gutdünken die Enterbung verdient habe (*[2]). Justinian aber verordnete zuerst, daß bey der Enterbung jedesmal solle gesagt werden: man enterbe den Sohn, weil er undankbar gewesen sey L. 30. c. h. t. (III. 28.). Nachher aber gieng er noch weiter, und setzte in der 115. Novelle a) bey den Kindern und Eltern gewisse Ursachen der Enterbung fest. — Diese Ursachen sind auch in Ansehung der Uebergehung vorgeschrieben, wovon jedoch §. 526. rc. mit Mehrerem geredet wird. — b) Er verordnete zugleich, daß in dem Testament eine oder mehrere dieser Ursachen angeführt werden sollten. Bey den Geschwistern verordnete er nichts Neues; bey ihnen hat also das alte Recht Statt. Viele Juristen (*[3]) glauben zwar, daß in der 22. Novelle cap 47. auch bey den Geschwistern drey Enterbungsursachen vorgeschrieben seyen, aber ohne Grund. Denn diese Novelle setzt fest, in welchen Fällen ein Bruder den andern nicht *ab intestato* erben soll; sie redet nicht von der Enterbung, die ein Testament voraussetzt. Und wenn man sagen wollte: von der Beraubung der Intestaterbfolge lasse sich ein Schluß auf die Enterbung machen: so ist doch die 22. Novelle durch die 118. wieder aufgehoben worden; man kann also kein Argument daraus nehmen (*[4]); (vergl §. 533.).

(1) Die vorzüglichste Schrift über die Centumviralgerichte ist *Sicamae* de iudicio centumvirali lib. 2. Herr D. Zepernick hat sie im Jahr 1776. zu Halle in 8. mit sehr schätzbaren Anmerkungen und Zusätzen wieder auflegen lassen.

(2) Ob der eingesetzte Erbe beweisen mußte, daß der Enterbte die Enterbung verdient habe, oder ob der Enterbte den Beweis zu führen hatte, daß er ohne Grund enterbt sey, ist bestritten. Das erste ist wohl das richtige. *Schedel* diss. de eo quod circa materiam exheredationis et praeteritionis Nov. 115. mutatum est (Giss. 1725.) Sect. 1. §. 11. (vergl. §. 533. Note 1. L. 28. C. de inoff. testam.

(3) J. C. *Bauer* diss. cit. §. 18.

(4) *Coccejii* iur. controv. tit. de inofficioso testamento, qu. 9. ibique *Emminghaus* in not. *Hert* diss. de fratris germani querela inoff. adversus quoscumque, §. 15. Opusc. vol. 3. part. 2. p. 65. — Bey dem Geschwister kann von der Ungültigkeit der Ausschliessung nur dann die Frage seyn, wann turpis

persona eingesetzt worden ist. *I. H. Fuchs* diss. de impugnat. testam. fratr. etc. Frcf. 1692. behauptet, daß in diesem Falle die Ausschließung durch gar keine Ursache gerechtfertigt werden könne. Dieß ist aber nicht füglich zu billigen. Denn 1) müssen doch die Ursachen, welche von der Intestaterbfolge ausschließen Tit. D. de his quae ut ind. aux. auch den Brüdern und Schwestern entgegen stehen, da sie nur in der Eigenschaft als Intestaterben gegen das Testament auftreten können. 2) Gründet sich die von ihnen anzustellende querela inofficiosi wesentlich in einer unverdienten Ausschließung, mithin muß die Einrede einer gerechten Ursache dagegen Statt finden; die aber dem Ermessen des Richters überlassen bleibt. W.

§ 478. Bey den Kindern.

Die Ursachen, aus denen die Kinder enterbt werden können, sind folgende: 1) wenn sie gegen die Eltern harte Verbalinjurien ausstoßen. Welche Injurien aber hart, und welche leicht sind, muß der Richter nach den Umständen beurtheilen. 2) Wenn sie den Eltern Realinjurien zufügen, die Eltern schlagen, stoßen u. s. w. Und dieß ist auch dahin auszudehnen, daß der Vater ein Kind enterben kann, das sich an der Mutter vergriffen hat, und umgekehrt (*1). 3) Wenn die Kinder den Eltern nach dem Leben stehen, z. E. sie vergiften wollen. 4) Die vierte und zehnte Ursache der Enterbung, die ich hier gleich zusammenfassen will, sind, wenn ein Sohn seine Eltern a) wegen einer Criminalsache (*2) anklagt, oder b) wenn ein Kind seine Eltern bey dem Richter angiebt, und ihnen dadurch einen beträchtlichen Schaden zufügt. Dort also ist von einer förmlichen Anklage (accusatione), hier von einer Anzeige (delatione), die Rede, wenn ein Kind der Obrigkeit nur entdeckt, daß seine Eltern etwas Unerlaubtes begangen haben. Dort wird nur der Sohn genannt: denn Weibspersonen können nicht anklagen; hier sind auch die Töchter gemeynt. Dort ist es gleichgültig, ob die Anklage den Eltern geschadet hat; hier wird aber erfordert, daß die Eltern durch die Anzeige einen (nach Ermessen der Obrigkeit) beträchtlichen Schaden erlitten haben. Daran ist nichts gelegen, ob das Vergehen, welches angeklagt oder angezeigt wird, wahr oder nicht wahr ist. Eine Ausnahme leiden beyde Ursachen, wenn die Eltern einen Hochverrath gegen den Landesherrn oder den Staat (adversus principem aut rempublicam) begehen. Diese Verbrechen muß auch ein Kind anzeigen oder anklagen, wenn es Wissenschaft davon hat. 5 Wenn der Sohn sich zu maleficis, einer Gesellschaft von Zauberern oder Giftmischern begiebt, und an ihrem Geschäfte Theil nimmt (*3). 6) Wenn die Kinder den Eltern verwehrt haben, ein Testament zu machen, oder das vorher verfertigte zu ändern, und die Eltern nachher doch noch Gelegenheit finden zu testiren. Man denke sich den Fall: der Vater will testiren; der Sohn aber fürchtet, sein Erbtheil möge ihm im Testament beschnitten werden; er läßt also niemand zu dem kranken Vater; weigert sich Zeugen zu rufen; droht dem Vater, wenn er testiren würde, Rache u. s. w.;

endlich aber findet der Vater doch Mittel, ein Testament zu Stande zu bringen. Jetzt ist er befugt, den Sohn seiner Widerspenstigkeit wegen zu enterben. Sterben aber unter diesen Umständen die Eltern, ohne daß sie ein Testament machen können: so nimmt der Fiscus dem pflichtvergessenen Kinde die Erbschaft weg. 7) Wenn Vater oder Mutter blödsinnig war, und die Kinder sich ihrer gar nicht annahmen; nun aber die Eltern wieder zur Vernunft kommen. 8) Wenn die Kinder unterlassen haben, ihre im Krieg gefangene Eltern loszukaufen. 9) Wenn ein Kind zu einer ketzerischen Religionssecte übergeht, das heißt, zu einer, welche die Sätze der vier ersten allgemeinen Kirchenversammlungen (zu Nicäa, Ephesus, Constantinopel und Chalcedon) nicht annimmt; zu einer Secte sich begiebt, die weder catholisch, noch lutherisch, noch reformirt ist. Also catholische Eltern können ein Kind nicht enterben, wenn es zur protestantischen Religion übergeht, und protestantische Eltern eben so wenig ein Kind, welches catholisch wird. 11) Wenn der Sohn die Stiefmutter oder Concubine (*) des Vaters beschläft. 12) Wenn sich ein Kind gegen den Willen der Eltern unter eine Bande Gauckler, Seiltänzer u. dgl. begiebt, *si inter mimos vel arenarios filius se sociaverit*, heißt es in der Novelle (**). 13) Wenn die Eltern Schulden oder eines Vergehens halber im Gefängniß sitzen, und der Sohn sie durch Bürgleistung los zu machen sich weigert. Es wird aber erfordert, daß die Eltern es verlangt haben, und ausserdem auch noch, daß der Sohn das 18. Jahr zurückgelegt habe. Die 14. Ursache ist: wenn eine Tochter ein unzüchtiges Leben führt, oder sich gegen der Eltern Willen verheyrathet, doch mit folgenden Bestimmungen: 1) die Tochter, welche gegen der Eltern Willen einen Sklaven heyrathet, kann enterbt werden. 2) Heyrathet sie aber einen freyen Menschen gegen der Eltern Willen, oder ergiebt sich der Unzucht: so ist sie entweder minorenn oder majorenn. 3) Eine minorenne Tochter kann ohne Unterschied enterbt werden; 4) eine majorenne nur alsdenn, wenn den Eltern nichts zur Last fällt; sie haben sich bemüht, der Tochter einen Mann zu verschaffen, konnten aber keinen bekommen; oder sie fanden einen, die Tochter aber schlug ihn aus. Kommt hingegen den Eltern etwas zu Schulden: sie haben der Tochter das Heyrathen verwehret, haben annehmliche Freyer abgewiesen, oder wenigstens nicht die gebührende Mühe angewendet, ihr einen Mann zu verschaffen, und sie ergiebt sich nun, da sie majorenn ist, und die Hoffnung verliert, einen Mann zu bekommen, der Unzucht, oder heyrathet gegen der Eltern Willen (**): so kann sie nicht enterbt werden. Dies ist nach meiner Meynung der wahre Sinn der Novelle 115. c. 3. §. 11. (*6). Indessen giebt es viele Juristen, welche diese Novelle anders erklären, und insonderheit viele, welche behaupten, daß eine Tochter, die sich gegen der Eltern Willen verheyrathet, nicht enterbt werden könne (*7).

Die Anmerkung sagt: alle diese Ursachen passen sowohl auf Töchter, als auf Söhne, die 10. 13. 14te ausgenommen. Die zehnte geht die Töchter nichts an, wie ich schon vorhin erinnert; denn sie können nicht anklagen; die 13te ebenfalls nicht, weil eine Weibsperson sich nicht verbürgen kann, die letzte hingegen läßt sich auf Söhne nicht ausdehnen. Denn wie die Juristen sagen: genus femininum sub se non complectitur masculinum, et maior castitas requiritur a feminis quam a masculis. Auch hängt der Sohn in der Wahl einer Gattin nicht so sehr von den Eltern ab, als eine Tochter (S. §. 112.).

(1) *Pufendorf* tom. 2. obs. 6. Wenn ein Kind aber die Stiefmutter injuriiret: so kann es deswegen vom Vater nicht enterbt werden. *Idem* obs. 7. — vergl. Stein von pflichtwidr. Testam. §. 16.

(2) *Enenckel* de privileg. parent. et liberor. privil. 14. part. 1. cap. 14. n. 10. p. 817.

(3) Diese Enterbungsursache wird aber heutigestages selten vorkommen, da es bey uns keine solche Gesellschaften giebt. Weber vom heutigen Gebrauch des Römischen Rechts, in d. Versuch. üb. das Civ. Recht. No. 1. pag. 19.

(*) Da aber der Concubinat bey uns zu den Verbrechen gehört, so kann diese Enterbungsursache nicht füglich Statt finden. Westphal von Testamenten §. 563. fin.

(4) Ein Kind, das sich unter eine Schauspielertruppe begiebt, kann darum nicht enterbt werden. *Beyer* ad Inst. h. t. n. 9.

(5) Da es heutigestages, wenigstens in Deutschland, nicht gewöhnlich ist, daß die Eltern für die Töchter einen Mann suchen: so ist dessen Unterlassung keine Entschuldigung für die Töchter. *Beyer* h. t. n. 13.

(6) Philipp Jac. Heislers Erörterung der Frage: sind Eltern ihre Kinder, welche sich wider ihren Willen verheyrathen, zu enterben befugt. Halle, 1785. ist das beste, was über diese Materie geschrieben ist, wiewohl ich nicht ganz mit dem V. einig bin. *Frid. Aug. Guil.* de *Witzendorf* diss. de exheredatione liberorum sine consensu parentum nuptias contrahentium, Goett. 1757. ist seicht. Auch *Mich. Henr. Gribner* diss. de exheredatione liberorum sine parentum consensu sponsalia nuptiasve contrahentium Lips. 1707. thut mir kein Genüge. Besser ist *Dit. Gotthard Eckard* diss. de exheredatione filiae turpiter viventis, Lips. 1746. Manche Juristen behaupten auch, daß heutzutage alle Kinder, wenn sie gegen den Willen der Eltern heyrathen, enterbt werden könnten. Allein, wo nicht Provinzialgesetze dieses verordnen, da ist es nicht zu vertheidigen. Runde deutsch. Priv. R. §. 564. Noch aber ist eine Frage übrig: geht die Verordnung der Novelle auf beyde Eltern, desgleichen auf die Großeltern? Kann also z. B. die Mutter ihre Tochter enterben, wenn sie ohne ihre Einwilligung heyrathet? *Gribner* l. c. pag. 14. sqq. behauptet die verneinende Meynung, *Poll.* de exhered. cap. 45. §. 3. die bejahende. Da die Novelle von den Eltern überhaupt spricht, so bin ich geneigter, dieser letzten beyzutreten. Denn obgleich die Einwilligung der Mutter zur Gültigkeit der Ehe eines Kindes nicht nöthig ist, so ist es doch eine Beleidigung, wenn die Tochter gegen den Willen der Mutter heyrathet, oder gar sich der Unzucht ergiebt.

(7) Sehr streitig ist es, ob die Enterbung Statt findet, wenn eine Aussöhnung erfolgt ist. In dem Fall, wenn die Aussöhnung vor Errichtung des Testaments geschah, hat keine Enterbung mehr Statt. Wenn sie aber erst nach geschehener Enterbung erfolgte: so wird das Testament dadurch nicht inofficiosum, *Pufendorf* l. c. obs. 8.

§. 479. Bey den Eltern.

Die Eltern können von den Kindern aus acht Ursachen enterbt werden: 1) wenn sie die Kinder wegen eines Verbrechens anklagen, oder auch nur angeben, auf dem die Lebensstrafe steht, si ad interitum vitae liberos tradiderint, sagt Justinian: citra causam tamen, quae ad maiestatem pertinere cognoscitur, d. i. des Hochverrathes wegen muß man auch seine eigene Kinder anklagen oder angeben, wenn man Wissenschaft davon erhält. 2) Wenn sie den Kindern nach dem Leben stehen. 3) Wenn der Vater die Schwiegertochter oder des Sohns Concubine (vergl. den vor. §. Note *) beschläft. 4) Wenn die Eltern den Kindern ein Testament zu machen wehren; oder 5) sie nicht aus der feindlichen Gefangenschaft ranzioniren; 6) sich der blödsinnigen Kinder gar nicht annehmen; 7) Ketzer werden. 8) Wenn der Vater der Mutter Gift giebt, so daß diese das Leben oder den Verstand verliert: so kann er von den Kindern enterbt werden. Ein gleiches hat Statt, wenn die Mutter den Vater vergiftet hat, oder wenn die Eltern einander ohne Gift auf andere Art nach dem Leben gestanden haben.

§. 480. Leiden diese Ursachen eine Ausdehnung?

Hat aber die Enterbung der Kinder und Eltern aus keinen andern als den angeführten Ursachen Statt? Justinian sagt in der Nov. 115. cap. 3. ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in huius constitutionis serie continentur. Daher behaupten viele Juristen, daß schlechterdings keine andere Ursachen der Enterbung zuläßig seyen (*1). Allein, daß Justinian alle andere Handlungen, auch die von ganz gleicher oder noch schlimmerer Art, causas, quae intellectu iuris eaedem sunt, wie Cocceii (*2) sagt, sollte ausgeschlossen haben, läßt sich gar nicht denken. Dahin gehört z. E. wenn die Kinder gegen die Eltern in einer Criminalsache von freyen Stücken ein Zeugniß ablegen; wenn sich ein Sohn unter eine Räuberbande begiebt; wenn ein Kind seine Eltern verwundet; wenn ein Dritter den Vater oder die Mutter mit Schlägen mißhandelte, der Sohn zugegen wäre, den Eltern helfen könnte, und es doch unterließe; wenn sich die Tochter vom Stiefvater beschlafen läßt, oder der Sohn mit seiner leiblichen Mutter Blutschande triebe, wenn der Schwiegersohn mit der Schwiegermutter einen Ehebruch begienge u. s. w. (*3).

(1) Sie sind in Hertels Thee- und Caffe-Tasse S. 95. und 96. angeführt. S.

besonders *Schütte* diss. de eo, quod iust. est circa ingratitudinem, cap. 2. §. 27. sqq.

(2) *Cocceii* in iur. controv. tit. de inoff. test. qu. 13.

(3) *Vinn.* ad pr. I. de inoff. testam. n. 2. *Finestres* ad tit. de lib. et post. p. 122 sqq. *Bynkershoek* observat. lib. 5. cap. 6. *Gribner* diss. de exhered. liberor. sine consensu parentum nuptias contrahentium, pag 1. sqq. *Stryk* de caut. test. cap. 19. §. 22. *Walch* controvers. p. 212. edit. III. ibique cit. Stein von pflichtwidr. Testam. § 18.

TIT. XIV.

DE HEREDIBUS INSTITUENDIS.

§. 481. Zusammenhang dieses Titels mit dem vorigen.

Wir haben im vorigen Titel gesehen, welchen Personen der Pflichttheil gehört, welche also nothwendig zu Erben eingesetzt werden müssen, wenn nicht eine gerechte Ursache zur Enterbung oder Präterition vorhanden ist. In diesem Titel wollen wir den Begriff eines Erben näher entwickeln, untersuchen, welche Personen zu Erben ernannt werden können, auf wie vielerley Art die Erbeseinsetzung geschehen kann, und wie eine Erbschaft zu vertheilen ist.

§. 482. Definition des Erben.

Was ist also ein Erbe? **Ein Nachfolger in alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, welche nicht ganz persönlich sind,** (*) — oder ein allgemeiner Nachfolger in die Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, in so fern selbige als solche eine Uebertragung auf Andere zulassen, und nicht durch besondere rechtsgültige Vorschriften von dieser Nachfolge ausgenommen sind. — Wenn jemand stirbt, und ich alle seine nicht bloß persönlichen Rechte und Verbindlichkeiten überkomme: so heiße ich sein Erbe. Also a) ich bekomme alle seine Rechte, sein ganzes Vermögen, entweder wirklich oder in Hoffnung. Wenn ich der einzige Erbe bin (heres ex asse), so bekomme ich das ganze Vermögen wirklich; wenn ich hingegen Miterben habe; so bekomme ich einen Theil des Vermögens, und die Hoffnung zu dem übrigen, auf den Fall nemlich, daß die Miterben ihre Portionen nicht annehmen können, oder nicht wollen; kurz, einen Erbtheil mit dem *iure accrescendi*. Wenn ich nur einzelne Sachen, nur eine Summe Geldes, nur einen Theil der Erbschaft ohne das ius accrescendi auf die ganze Verlassenschaft erhalte: so bin ich kein Erbe, sondern ein legatarius oder fideicommissarius singularis. — Der Erbe hat als successor universalis einen Anspruch auf den ganzen Nachlaß, und eignet sich schon als Erbe alle Theile des Vermögens zu, ohne daß sie ihm besonders übertragen seyn dürfen, sobald nur keine andern Ver-

Verfügungen darüber vorhanden, oder diese doch unwirksam geworden sind; der successor singularis erhält nichts, als was ihm besonders zugestanden ist. (§. 552.) b) Ich bekomme alle seine Verbindlichkeiten, muß also seine Handlungen als die meinigen gelten lassen (facta defuncti praestare), muß seine Schulden bezahlen. Aus diesem Grund, weil der Erbe alle Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen erhält, wird er auch als Eine Person mit dem Verstorbenen angesehen (heres et defunctus habentur pro una persona). c) Nur ganz persönliche Rechte und Verbindlichkeiten gehen nicht bloß auf den Erben über. Es giebt nemlich Rechte, welche dergestalt auf die Person eines Menschen eingeschränkt sind, daß sie sich schlechterdings davon nicht trennen, und auf einen Andern übertragen lassen. Sobald also der Mensch stirbt, exspiriren sie. Dergleichen sind die persönlichen Dienstbarkeiten (§. 369.); die Rechte, welche einer vermöge eines öffentlichen Amtes, z. E. als Professor, als Regierungsrath, als Beamter hat; alle Rechte, die ein Paciscent dem andern in Rücksicht auf persönliche Eigenschaften giebt, z. E. die Rechte, die ein Ehegatte gegen den andern hat u. s. w. So giebt es auch ganz persönliche Verbindlichkeiten. Von dieser Art ist die Verbindlichkeit eines Delinquenten, die Strafe wegen seines Verbrechens zu leiden. Sie geht nicht auf die Erben. Wenn mein Erblasser das Verbrechen begangen hat, so kann ich, sein Erbe, darüber nicht zur Strafe gezogen werden. Ferner gehören die Verbindlichkeiten, aus gewissen Verträgen hieher; aus den Verträgen nemlich, wo sich entweder jemand ausdrücklich nur für seine Person, so lange er leben wird, verbindlich gemacht hat, oder wo die Gesetze den Erben von der Verbindlichkeit, den Vertrag fortzusetzen, freysprechen. So ist es z. E. bey der Tutel und dem Societätscontract. Wenn mein Erblasser Vormund war, oder in einer Societät stand: so bin ich, der Erbe, darum nicht schuldig, die Vormundschaft oder die Societät fortzusetzen. d) Was kein Recht ist, z. B. der Besitz, geht nicht auf den Erben über. Der Erbe muß den Besitz erst ergreifen; — wohl aber gehen Rechte in Ansehung des Besitzes, in so fern von Erlangung oder Wiederbekommung desselben die Rede ist, auf ihn als Erben über (**).

Wer Erbe eines Römischen Bürgers seyn wollte, mußte also fähig seyn, in alle Rechte und Verbindlichkeiten desselben zu succediren; er mußte, wie Florentin (*1) sagt, das *ius heredis* haben, oder wie es in andern Stellen heißt, *cum eo esse debet testamentifactio* (*2). Man lassen sich aber viele Fälle denken, wo die Erbfähigkeit wechselt, d. i. wo jemand zu einer gewissen Zeit fähig ist, Erbe zu werden, zu einer andern nicht. Z. E. eine Gesellschaft wird zum Erben eingesetzt, als sie noch nicht bestätigt ist, nachher erhält sie die landesherrliche Bestätigung. In dieser Rücksicht verordnen die Gesetze Folgendes:

Bey einer jeden Erbeseinsetzung muß der Erbe erbfähig seyn, 1) zur Zeit, da das Testament errichtet wird, ut constiterit institutio, wie Florentin am a. O. sagt. Denn eine Einsetzung, welche von Anfang nicht gilt, kann in der Folge nicht gültig werden (*3). 2) Zu der Zeit, wo die Erbschaft dem Erben anfällt, wo er ein Recht bekommt, sie zu erwerben (*tempore delatae hereditatis*) und zwar zu dem Ende, wie der angeführte Classiker sagt, ut effectum habeat institutio.

Nun fragt sichs aber weiter: in welchem Zeitpunct fällt dann dem Erben die Erbschaft an? Hier ist ein Unterschied zwischen der unbedingten und bedingten Erbeseinsetzung. Ist der Erbe unbedingt (pure) eingesetzt, so fällt ihm die Erbschaft in dem Augenblicke an, da der Erblasser mit Tode abgeht. Bey der bedingten Einsetzung (conditionata) hingegen muß man wieder distinguiren; entweder wird die Bedingung schon bey Lebzeiten des Erblassers erfüllet, oder erst nach seinem Tode. In jenem Falle ist der Zeitpunct des Anfalles (wie bey der unbedingten Einsetzung) der Moment, wo der Erblasser stirbt. Hingegen im letzten Falle wird die Erbschaft deferiret in dem Zeitpunct, wo die Bedingung erfüllt wird (tempore existentis conditionis). Hier kommt also der Todestag des Erblassers nicht in Betrachtung (*4).

Aber zweyerley ist noch anzumerken: 1) diese Zeiten werden nur in ihrem Punct betrachtet; das heißt, wenn nur der Erbe in der Stunde oder Minute, da ich das Testament mache, und in der Minute, da ihm die Erbschaft anfällt, erbfähig ist, so kann er mein Erbe werden; gesetzt auch, daß er in der Zwischenzeit unfähig gewesen wäre. Man stelle sich vor, im Jahr 1770, zu der Zeit, da ich testire, bekennt sich der eingesetzte Erbe noch zur christlichen Religion; einige Zeit nachher wird er ein Jude, ist also erbschaftsunfähig (§. 486. 2.); er verläßt aber die jüdische Religion wieder, und im Jahr 1780, da ich mit Tod abgehe, hält er sich wieder zur christlichen Kirche. Kann er meine Erbschaft an sich bringen? Allerdings. 2) Von dem Zeitpunct des Anfalles an aber bis zur Erbesantretung muß der Eingesetzte beständig erbfähig bleiben. Ist er in dieser Periode nur einen Augenblick unfähig, so kann er die Erbschaft nicht erhalten; denn der Substitut oder die Mit- oder die Intestaterben erhalten in diesem Augenblick ein Recht auf die Erbschaft, und es hilft dem Erben nichts, wenn er auch nachher wieder erbfähig geworden wäre (*5).

(*) Erbe wird zwar auch derjenige schon genannt, dem eine Erbschaft angefallen ist rc. cui delata hereditas est (§. 437). Allein eigentlich hat dieser doch nur ein Recht Erbe zu werden; wirklich ist er es nicht eher, als nachdem die Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen in der That auf ihn übergegangen sind. Man vergleiche indeß Karl Reichhelm's Versuch einer Auslegung dunkler Gesetze aus dem Civil- und Lehnrechte, Halle 1799. No. 5. welcher viel

gegen den hier vorgetragenen Begriff des Erben zu erinnern findet, und durch folgende Erklärung: heres est persona, cui competit *ius successionis* in *universitatem* defuncti, die Sache ganz erschöpft zu haben glaubt. „Nach diesem Begriff, sagt er, bekommt ein Erbe, als solcher, aus dem Nachlaß durchaus noch nichts; denn sein Recht geht ja nur erst dahin, sich den Nachlaß zueignen zu können; wie kann also das Subject dieses Rechts eine Person seyn, die sich den Nachlaß schon zugeeignet hat?" Diese Vorstellungsart ist aber doch mit den Begriffen, welche die Gesetze und der Redegebrauch mit dem Ausdruck: Erbe, heres, verbinden, nicht übereinstimmend. Wenn es in den Gesetzen heißt: Wer einmal Erbe ist, der muß es auch fortdaurend bleiben, heres semel talis, semper talis L. 88. D. de hered. instituend. Wenn in den Testamenten die Bedingung vorkommt: si heres non erit, so wird man mit der gedachten Erklärung immer in einiger Verlegenheit seyn. W.

(**) L. 23. L. 30. §. 5. D. de adquir. vel amitt. possess. Westphal v. d. Arten der Sachen rc. §. 28. rc. *Hofacker* princ. iur. civ. §. 793. und 1448. Thibaut üb. Besitz rc. §. 5. und 19. W.

(1) L. 49. §. 1. D. h. t. Nach den ältern Gesetzen waren manche Personen nicht erbfähig, die es nachher geworden sind. Dahin gehörten die dedititii, und gewißermaßen auch Latini Iuniani (§. 78.); ferner Weibspersonen vermöge des Voconischen Gesetzes (Cic. in Verr. lib. I. cap. 41.). Nach der L. Iulia und Papia Poppaea waren auch Unverheyrathete (coelibes) und Ehegatten, welche keine Kinder hatten (orbi) nicht ganz erbfähig. Auch Ehegatten konnten einander nur mit gewissen Einschränkungen einsetzen. *Heinecc.* ad L. Iul. lib. 2. cap. 14. ed. 21. Die nicht Erbfähigen werden oft *non capientes* genannt. Man s. z. B. L. 46. D. de hered. petit. L. 59. §. 1. D. ad L. Falcid.

(2) Wenn die Römischen Juristen sagen wollen, einer könne ein Testament machen, so heißt es: *habet testamenti factionem;* wollen sie hingegen sagen, jemand könne im Testament eingesetzt werden, so bedienen sie sich der Redensart: *cum eo est testamenti factio*, wiewohl sie diese Phrases auch zuweilen verwechseln. *Vinn.* ad §. 6. I. de testam. ord. n. 1. Die Neuern theilen daher, nicht gar schicklich, die Testamentifaction in die active und passive ein. Wer ein Testament machen kann, hat, wie sie sagen, die active, wer eingesetzt werden kann, die passive Testamentifaction.

(3) In der L. 1. D. de reg. Cat. sagt Celsus Catoniana regula sic definit: quod *si testamenti facti tempore decessit testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere*, und Papinian setzt in der L. 3. eod. hinzu: Catoniana regula non pertinet ad hereditates, neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem. Nun giebt aber Paullus in der L. 29. de reg. iur. eine ähnliche Regel: quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest, und Licinius Rufinus in der L. 210. de reg. iur. diese: institutio ab initio inutilis, ex post facto convalescere non potest. Ausgemacht ist also, a) daß bey Erbeseinsetzungen und Vermächtnissen diese Regel gilt: quod ab initio non valet, ex post facto convalescere nequit; bestritten hingegen, b) ob diese Regel die Catonianische sey, und ob c) die Catonianische auf Erbeseinsetzungen, oder vielmehr blos auf Vermächtnisse gehe. Man s. von dieser Materie *Forner.* rer. quotid. lib. 3. cap. 7. apud *Otton.* II. 202. *Voorda* interpret. et emendat. lib. 2. cap. 22.

(edit. nov.). *Orez* tract. de apicibus iuris, lib. 2. cap. 1. — 12. *Strauch* diss. de regula Caton. len. 1674. *Averan* lib. 4. interpret. cap. 21. *Zepernick* diss. de testam. destitut. §. 9.

(4) Mein sehr geschätzter Freund, Herr Amtsverwalter Georg Heinrich Lehr (Erörterung der Frage, in welchen Zeitpuncten der Testamentserbe oder Legatar erbfähig seyn müsse, Darmst. 1792.), hat diese Sätze aus der L. 44. §. 1. L. 59. §. 4. D. de hered. instit. und dem §. 4. I. de hered. qual. et diff. sehr gründlich und deutlich erwiesen, und die gemeine Meynung, daß bey der bedingten Erbeinsetzung, und zwar ohne Unterschied, auf drey Zeiten, nemlich a) der Testamentserrichtung, b) des Absterbens des Testirers und c) der Erfüllung der Bedingung gesehen werden müsse, widerlegt. Nur in dem Fall, wenn ich einen, der jetzt nicht erbfähig ist, auf den Fall einsetze, daß er erbfähig werden wird, z. E. wenn ich sagte: die gelehrte Gesellschaft in X. soll auf den Fall, wenn sie die landesherrliche Bestätigung erhalten wird, mein Erbe seyn, so ist die Einsetzung gültig. In tempus capiendae hereditatis instituí heredem posse, *benevolentiae est*, sagt Modestinus L. 62. D. h. t., es ist der Billigkeit wegen, ob es gleich nach dem strengen Recht nicht angehet, eingeführt. Ich halte auch nicht dafür, daß Modestins Regel blos auf Latinos Iunianos, coelibes und orbos einzuschränken ist, wie z. B. *Vinn.* ad pr. et §. 9. h. t. thut, noch blos auf den Fall gehe, wenn ich einen Erbfähigen einsetze, und fürchte, daß er in der Folge einige Zeitlang unfähig werden möge, welches Herr Lehr §. 15 annimmt.

(5) L. 29. §. 3. de lib. et post. L. 3. §. 1. de his quae pro non script. Es ist also ein Irrthum, wenn einige Juristen, als *Donell.* commentar. lib. 6. cap. 17. in fin. Colleg. argentor. tit. de hered. instit. §. 2. *Rivinus* diss. de Florentini iurisprudentiae testamentariae reliquiis §. 18 behaupten, daß der Erbe nur in dem Augenblicke, da er antritt, erbfähig seyn müsse. Auch ist es nicht ganz richtig ausgedrückt, wenn Justinian §. 4. de hered. qual. et diff. sagt, man müsse bey Beurtheilung der Erbfähigkeit auf drey Zeiten sehen, die Zeit der Testamentserrichtung, des Absterbens, und der Erbschaftsantretung. Denn, da der Erbe von dem Tode des Erblassers an, bis zur Antretung der Erbschaft erbfähig bleiben muß, so kann man die Zeit der Antretung hier nicht als einen dritten besondern Zeitpunkt ansehen. *Vinn.* ad d. §. 4. n. 5. sqq.

§. 483. Kann man ungewisse Personen, Arme, Kirchen, Städte, Gesellschaften einsetzen?

Man kann 1) **ungewisse Personen einsetzen**, wenn nur die Ungewißheit gehoben werden kann. Sobald dieß geschieht, ist die Erbeseinsetzung gültig (*). Die Ungewißheit hebt sich zuweilen von selbst, wenn man nur einen Zeitpunct abwartet (tollitur eventu). Z. E. wenn ich sage: wer im künftigen Jahr in hiesiger Stadt Burgermeister wird, soll mein Erbe seyn: so ist zwar jetzt der Erbe ungewiß, die Ungewißheit wird aber verschwinden, wenn man nur die Burgermeisterwahl abwartet. Sie kann ferner durch das Loos gehoben werden; wenn nemlich der Testirer mehrere Personen ernennt, die um seine Erbschaft loosen sollen. Heineccius hat in seinen rechtlichen

Gutachten einen merkwürdigen Fall, wo ein Erbe durchs Loos bestimmt werden sollte (*2). Endlich läßt sich auch zuweilen die Ungewißheit durch Vermuthungen heben. Dieß kommt in dem Fall vor, wenn mehrere Personen den Namen des eingesetzten Erben führen, z. E. es heißt im Testament: **mein Vetter Johann soll mein Erbe seyn**, und der Testator hat mehrere Vettern dieses Namens. Hier tritt eine Präsumtion ein, diese nemlich, daß der Vetter gemeynt sey, mit welchem der Erblasser die meiste Freundschaft unterhalten hat. Ist die Ungewißheit auf keine Weise zu heben, so ist die Erbeseinsetzung ungültig. Ferner 2) die **Armen** können eingesetzt werden. Hat der Testator nicht gesagt, welche Armen, so sind im Zweifel die gemeynt, welche an seinem Wohnorte leben. 3) Die **Kirchen**, 4) **Städte**, und 5) **alle erlaubte Gesellschaften** (corpora et collegia licita). Erlaubte Gesellschaften aber heissen hier nur die, welche der Landesherr angeordnet, oder wenigstens bestätiget hat; dergleichen sind z. E. Justitz-, Cameral-, Regierungs-Collegien, Academien, Zünfte u. s. w. Ist aber eine Gesellschaft vom Landesherrn weder angeordnet, noch bestätigt, so heißt sie hier eine unerlaubte, wenn auch ihr Zweck noch so gut und nützlich ist; z. E. eine Gesellschaft der Wissenschaften, die noch keine landesherrliche Bestätigung hat. Indessen sind alle diese Personen erst durch neue Gesetze erbfähig geworden; nach dem alten Römischen Recht waren sie es nicht, weil man sie als personas incertas ansah (*3).

(1) Nach dem antejustinianischen Recht war die Einsetzung eines ungewissen Erben nicht gültig. *Ulp.* fragm. tit. 22. §. 4. sagt: incerta persona heres institui non potest; velut hoc modo: *quisquis primus ad funus meum venerit, heres esto;* quoniam certum consilium debet esse testantis. Man s. auch §. 25. I. de legat. Durch Justinians Verordnung aber ist dieses als Recht abgeschafft. § 27. I. de legat. *Strauch* diss. de personis incertis cap. 4. §. 3. *Pufendorf* Tom. 4. obs. 77. § 6. *Reinharth* ad *Christin.* IV. 44.

(2) *Heineccii* consilia et decision. Consil. 2. et 3.

(3) Von der Erbeseinsetzung der Städte s. *Gundling* diss. de principe herede cap 3. §. 1. sqq. *Bach* Trajan. p. 139. sqq. Nützlich wird es seyn, hier noch die Lehre von der Erbeseinsetzung der postumorum beyzufügen, weil man ohne sie manche Gesetze nicht verstehen kann. Die verschiedenen Gattungen von postumis habe ich in der Tab. XXX. a. vorgestellet. Ich merke zu deren Erklärung an: 1) die postumi Aquiliani haben ihren Namen von dem Juristen Aquilius Gallus. Dieser nemlich zeigte zuerst einem Grosvater das Mittel, wie er verhüten könne, daß ein Enkel, der nach seinem und des Vaters Tod gebohren wird, das großväterliche Testament nicht rumpire. Er sagt, man setze ihn mit folgender Formel ein: Filius meus heres esto. Si filius meus me vivo morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus erit, heres esto. Diese Formel ist in der berühmten L. Gallus 29. D. de lib. et post. ent-

halten, über welche Stelle weitläuftige Commentarien in Menge geschrieben worden sind. 2) Die Velleiani haben ihren Namen von der L. Iunia Velleia, welche über diese Art von postumis Verordnungen enthielt, so wie 3) die Corneliani von der L. Cornelia testamentaria, die über die Testamente der in die Gefangenschaft fallenden Bürger disponirte. Dieses vorausgesetzt, bemerke man: nach den alten Römischen Gesetzen konnte gar kein postumus zu Erben eingesetzt werden (obgleich *Martucius* var. explanat. iur. lib. 1. cap. 26. das Gegentheil behaupten will), zur Intestaterbfolge konnte er gelangen. Die Ursache war, weil er als eine persona incerta angesehen wurde. *Finestres* ad tit. de lib. et post. pag. 188. sqq. hat dieses sehr gut ausgeführt. *Gerh. Schroeder* observ. iur civ. lib. 1. cap. 7. sucht andere Ursachen auf. Allein die angeführte ist mir die wahrscheinlichste. Jeder *postumus suus* also, er mochte eingesetzt, oder enterbt, oder übergangen seyn, rumpirte das Testament (§. 517.). Durch neuere Gesetze und die Praxis aber wurde eingeführt, daß ein postumus suus sollte eingesetzt werden können. Nemlich suus postumus heißt a) der, welcher, wenn er bey meinem Leben gebohren worden wäre, ein suus heres von mir gewesen seyn würde; b) ein postumus, den ich noch bey meinem Leben, nach Verfertigung meines Testamentes bekomme, und der bey meinem Absterben ein suus heres von mir wird; hingegen postumus alienus einer, der nicht in einem dieser Fälle ist. Was suus heres heiße, ist §. 538. erklärt. Ein postumus alienus konnte nach den Civilgesetzen nicht eingesetzt werden, der Prätor aber gab ihm bonorum possessionem secundum tabulas. *Ulp.* tit. 22. §. 3. L. 6. D. de inoff. testam. L. 1. § 12. D. de ventr. in poss. mitt. L. 3. D. de B. P. sec. tab. Endlich erlaubte Justinian in einer Verordnung de personis incertis, die aber verlohren gegangen ist, alle postumos einzusetzen. *Vinn.* ad §. 2. I. de exhered. lib. et ad §. 26. 27. et 28. de legat. Man sehe über diese Materie *Scip. Gentilis* tract. de erroribus testamentorum, cap 2. *Rau* diss. historia iuris civilis romani de personis incertis. Lips. 1784.

Justinian merkt §. 12. h. t. an, daß man auch solche Personen, die man nie gesehen habe, einsetzen könne, ja auch solche, die man gar nicht kenne, z. E. ich setze meines Bruders Kinder zu Erben ein, welche abwesend sind, und von welchen ich nicht weiß, wer sie eigentlich sind. S. *Vinn* ad. h. §. Sonderbar ist, daß ein Blödsinniger gewissermaßen nicht erbfähig ist. Man s. §. 543.

§. 484. Von Einsetzung eines Sklaven.

Nicht nur freye Menschen, sondern auch Sklaven eines Römischen Bürgers können eingesetzt werden. Wenn ich einen Sklaven einsetze, so ist er entweder mein eigener oder eines andern Sklave. Im letzten Falle ist es eben so anzusehen, als ob ich den Herrn eingesetzt hätte. Im ersten aber wurde gewöhnlich der Sklave zugleich im Testament freygelassen. Wenn indessen dieß auch nicht ausdrücklich geschehen war, so lag die Freylassung doch verhüllt in der Erbeseinsetzung. Denn wer den Zweck will, muß auch die Mittel wollen. Nun konnte aber mein Sklave mein Erbe nicht seyn, wenn er nicht frey war. Indem ich ihn also zum Erben ernannte, hatte ich ihn stillschweigend freygelassen (*[1]).

(1) Die meisten alten Juristen hielten dafür, daß man seine Sklaven nicht anders zum Erben einsetzen könne, als wenn man ihn ausdrücklich frey lasse. Justinian aber nahm die entgegengesetzte Meynung an. L. 5. C. de necess. serv. hered. instit. (VI. 27.) Mancherley Fälle und Fragen, welche noch bey der Erbeseinsetzung der Sklaven vorkommen können, sind §. 1. 2. et 3. I. h. t. entschieden.

§. 485. Fremde konnten nicht eingesetzt werden.

Nur Römische Bürger konnten von einem Bürger zum Erben ernannt werden, keine Fremde. Denn ein Fremder war nicht fähig, in alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Bürgers zu treten. In Deutschland kann der Bürger einen Fremden einsetzen. Denn ein Fremder kann bey uns in die Rechte eines Bürgers eintreten, und das vor Zeiten in Deutschland eingeführt gewesene Recht, vermöge dessen Fremde zu erben unfähig waren, ist längst abgeschafft (*1). Nur muß häufig der fremde Erbe, wenn er die Verlassenschaft ausser Landes bringen will, die Nachsteuer oder das Abzugsgeld entrichten, welches gewöhnlich zehen vom Hundert beträgt.

(1) Runde deutsches Recht §. 322.

§. 486. Verhaßte Erbeseinsetzungen.

Verschiedene Personen können nicht eingesetzt werden, weil ihre Erbeseinsetzung dem Gesetzgeber verhaßt ist; und zwar einige derselben können von Niemand etwas erben (simpliciter institui non possunt); andere können nur von gewissen Erblassern in gewissen Fällen nichts, oder doch nur einen bestimmten Theil des Vermögens erben (secundum quid institui nequeunt). Von allen Erbschaften sind ausgeschlossen, 1) die Söhne eines Menschen, der gegen den Landesherrn das Verbrechen des Hochverraths begangen hat (*1). 2) Wer vom christlichen Glauben abtrünnig wird. 3) Ketzer. So will es wenigstens Kaiser Friedrich II. und das Canonische Recht (*2). Wenn es aber in unserer Praxis den Ketzern zu testiren erlaubt ist (§. 470. 1.): so können sie auch zu Erben eingesetzt werden. 4) Die Judenschaft. Einzelne Juden kann ein Christ einsetzen, nur nicht die ganze Judenschaft; im Testament eines Juden hingegen kann die Judenschaft zum Erben ernannt werden. 5) Unerlaubte Gesellschaften; was das heisse, ist im vorigen §. erklärt.

(1) Die Worte des abscheulich despotischen Gesetzes L. 5. §. 1. ad. L. Iul. Maiestatis (IX. 8) sind: Filii vero eius, quibus vitam Imperatoria specialiter lenitate concedimus, (paterno enim deberent perire supplicio, in quibus paterni, hoc est hereditarii criminis exempla metuuntur) a materna vel avita omnium etiam proximorum hereditate ac successione habeantur alieni; testamentis extraneorum nihil capiant, sint perpetuo egentes et pauperes, infamia eos paterna semper comitetur, ad nullos prorsus honores, ad nulla sacramenta perveniant; sint postremo tales, ut his, perpetua egestate sordentibus, sit et mors solatium et vita supplicium. Gebauer (diss. de pri-

vileg. §. 15.) behauptet, die Verordnung sey, bey aller ihrer Härte, der legislatorischen Klugheit gemäß. Ich möchte dieß nicht vertheidigen.

(2) *Auth.* credentes C. de haeret. cap. 13. vers. credentes X. de haeret. Just ist. man redet in der L. 4. § 2. C. de haeret. blos von Manichäern.

§. 487. Fortsetzung.

Einige Personen können in gewissen Fällen nicht zu Erben ernannt werden. Dahin gehört 1) der Landesherr, wenn er eines Prozesses wegen eingesetzt wird; wenn ich einen Prozeß habe, oder zu bekommen fürchte, und den Landesherrn in der boshaften Absicht zum Erben ernenne, daß er den Prozeß mit meinem Gegner führe, und dieser von einem so mächtigen Widersacher länger hingehalten und ihm sein Recht erschweret werde (*[1]).

2) Wenn ein Ehegatte in der zweyten Ehe lebt, und Kinder aus der ersten Ehe hat: so kann er dem zweyten Ehegatten nicht mehr hinterlassen, als ein Kind erster Ehe bekommt. Erhalten die Kinder ungleiche Erbtheile, so kann der zweyte Ehegatte nicht mehr bekommen, als das Kind, welches am wenigsten erhält. Man stelle sich vor, ein Ehemann lebt in zweyter Ehe, und hat drey Kinder von seiner ersten Ehefrau. Er macht ein Testament; setzt sein ältestes Kind auf 4000, das zweyte auf 3000, das dritte auf 2000 Rthlr. zum Erben ein. Wie viel kann er seiner Ehefrau hinterlassen? Nicht mehr als 2000 Rthlr. Der Grund des Gesetzes ist, die Gesetzgeber fürchten, der zweyte Ehegatte möchte durch listige Ueberredungen, Anschwärzung der Stiefkinder u. s. w. den größten Theil des Vermögens vermittelst einer Erbeseinsetzung an sich zu ziehen suchen, und die Kinder erster Ehe darum bringen.

3) Was die unehelichen Kinder betrift: (S. Tab. XXX. a.) so kann a) Jedermann ausser den Eltern dergleichen Kinder einsetzen. Ich kann nemlich die unehelichen Kinder eines Andern einsetzen, sie mögen incestuosi oder adulterini oder von anderer Art seyn. b) Kinder aus einer incestuosen Ehe erzeugt, können weder vom Vater, noch von der Mutter eingesetzt werden. Wenn sie hingegen aus einem unehelichen incestuosen Beyschlaf erzeugt sind, so können sie eingesetzt werden (*[2]). Daß man den ehelichen Kindern und den Eltern den Pflichttheil lassen muß, versteht sich von selbst. c) Die aus einem Ehebruch, Stuprum und Fornication erzeugten Kinder können von Vater und Mutter eingesetzt werden. Wenn ich meinen ehelichen Kindern und Eltern den Pflichttheil lasse, so kann ich das übrige meinen unehelichen Kindern von besagter Art zuwenden. Denn nirgends ist dieses in den Gesetzen verboten. d) Die mit einer Concubine erzeugten Kinder (naturales) können von der Mutter eben sowohl als eheliche Kinder eingesetzt werden. In Ansehung des Vaters aber ist ein Unterschied zu machen. Wenn er eheliche Kinder

der hat, so kann er die naturales nur auf ein Zwölftheil einsetzen. Hat er keine eheliche Kinder, so darf er die naturales auf soviel einsetzen als er will. Daß er, im Fall er noch Eltern am Leben hat, diesen den Pflichttheil hinterlassen müsse, versteht sich auch hier wieder (*4).

Nun fragt sichs: warum war der Vater bey Einsetzung der Concubinenkinder so viel eingeschränkter, als bey andern unehelichen Kindern? Wenn ich meinen ehelichen Kindern den Pflichttheil lasse, so kann ich auf das übrige Vermögen einsetzen, wen ich will, nur meine Concubinenkinder nicht. Diese können nicht mehr als ein Zwölftheil bekommen. Warum das? Man kann davon mancherley Gründe angeben. Einmal wollten die christlichen Kaiser den Concubinat gern abschaffen, und hielten es doch nicht für rathsam, ihn gerade zu verbieten. Fürs andere ist der Vater der naturalium gesetzlich gewiß. Bey andern unehlichen Kindern ist dieß nicht. Sie haben in gesetzlicher Rücksicht (iuris intellectu) gar keinen Vater, sind in Ansehung ihres Vaters als ganz fremde Personen anzusehen, und können daher auch so gut, als jeder andere Fremde eingesetzt werden. Endlich wohnten auch die naturales meistens bey dem Vater im Hause, und hatten, nebst ihrer Mutter, Gelegenheit sich bey ihm einzuschmeicheln, die ehelichen Kinder bey ihm verhaßt zu machen, u. s. w. Dieser Fall war bey andern unehelichen Kindern und bey fremden Personen nicht so leicht zu besorgen (*5).

4) Personen, welche eines begangenen Ehebruchs gerichtlich überwiesen sind, können einander nicht zu Erben einsetzen (*6).

(1) Im §. ult. I. quib. mod. testam. infirm. heißt es: eadem oratione expressit (D. Pertinax), non admissurum se hereditatem eius, qui litis causa Principem reliquerit heredem; neque tabulas non legitime factas, in quibus ipse ob eam causam (weil das Testament nicht mit den gehörigen Feyerlichkeiten errichtet war) heres institutus erat, probaturum; neque ex nuda voce heredis nomen admissurum (er wolle die Erbschaft weder annehmen, wenn er mündlich ohne die vorgeschriebenen Solennitäten zum Erben ernannt sey), neque ex ulla scriptura, cui iuris auctoritas desit, aliquid adepturum (noch aus einem ungültigen schriftlichen Testament etwas erben). Und Paullus L. 91. h. t. sagt: Imperatorem litis causa heredem institui, invidiosum est, nec calumnia facultatem ex principali maiestate capi oportet. Uebrigens möchte wohl selten ein Testament aus diesem Grund umgestoßen worden seyn, da der Fall, daß man den Landesherrn zum Erben ernennt, schon an sich wenig vorkommt, und die Intestaterben den Beweis, daß die Erbeseinsetzung eines Processes wegen, und noch dazu den Gegner zu schikaniren (animo calumniandi), geschehen sey, nicht leicht werden führen wollen oder können. Die Frage, ob eine solche Erbeseinsetzung nichtig sey, oder ob sie blos von den Gesetzen nicht gebilliget, aber doch nicht für ungültig erklärt wird, hat also wenig practischen Nutzen. Man sehe von dieser Materie *Gundling* diss. de Principe herede ex testamento civium, in Exercit. acad. Tom. 1 und *Lud. Menken* Diss. de principe litis causa herede instituto, in collect. disp. n. 24.

(2) L. 6. C. de sec. nupt. Wenigstens von der Mutter. *Titius* ad *Lauterb.* obs. 856.

(3) Insgemein behauptet man, die adulterini und incestuosi überhaupt könnten weder vom Vater, noch von der Mutter eingesetzt werden. Man beruft sich auf die 89 Novelle cap. 15. wo es heißt: omnis, qui ex complexibus (*non enim hoc vocamus nuptias*) aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur, neque alendus est a parentibus, neque habebit quoddam ad praesentem legem participium. Allein die Novelle redet nur von einer incestuosen Ehe, und von adulterinis ist gar nicht die Rede darin. Man vergleiche die Nov. 74. cap. 6. und Nov. 12. cap. 1. im Anfang.

(4) Die naturales konnten nach den alten Gesetzen eingesetzt werden. L. 45. D. de vulg. et pup. substit. (denn daß in dieser Stelle das Wort naturalis einen leiblichen Sohn bedeutet, wie *Molinaeus* lect. Dolan. pag. 71. behauptet, ist offenbar falsch.) L. fin. C. de iure delib. L. 17. §. 4. D. ad SCt. Trebell. L. 88. §. 12. de legat. II. Constantin M. aber verordnete, daß der Vater diesen Kindern, wenn eheliche Kinder, oder Eltern, oder Geschwister, oder andere Agnaten vorhanden seyen, gar nichts hinterlassen solle. Dieß ist zwar nicht gewiß, aber doch wahrscheinlich. *Iac. Gothofr.* ad Cod. Theodos. tom. 1. p. 394. *Heineccius* ad I. Iul. et Pap. Popp. p. m. 174. Valentinian, Valens und Gratian milderten dieses harte Gesetz, und verordneten, daß, im Fall eheliche Kinder, Enkel oder Eltern da sind, die naturales $\frac{1}{12}$, außerdem aber $\frac{3}{12}$ bekommen könnten. L. 1. Cod. Theod. de natural lib. Arcadius und Honorius bestätigten den Punct von dem $\frac{1}{12}$ L. 2. C. Iust. de nat. lib. (V. 27.) Valentinian III. publicirte im J. 428. im Occident eine Verordnung, wodurch das Constantinianische Gesetz wieder hergestellt wurde, Theodosius im Orient aber nahm sie nicht an. L. 2. C. Theod. de nat. lib. ibique *Gothofr.* Justinian verwandelte die obgedachten $\frac{3}{12}$ zuerst in $\frac{6}{12}$ L. 8. C. Iust. de nat. lib. Nachher erlaubte er, die naturales, im Fall keine eheliche Kinder und Eltern da sind, auf das Ganze einzusetzen; wenn Eltern vorhanden sind, solle man ihnen den Pflichttheil lassen. Nov. 89. cap. 12. Auth. licet patri C. de nat. lib.

(5) Dieß ist die Verordnung des Römischen Rechts. Wie steht es aber in Deutschland? Billig sollte man die Römischen Gesetze in Ansehung der adulterinorum, spuriorum und vulgo quaesitorum befolgen; denn es ist kein Grund zum Gegentheil vorhanden. Was aber die naturales betrift, sollte man, da die Raison, warum sie bey den Römern so wenig bekommen konnten, wo nicht ganz, doch größtentheils wegfällt, behaupten, daß auch das Gesetz wegfalle. Nun frage man aber die Juristen über diese Materie. Nicht leicht herrscht irgendwo so viel Irrthum und Mißverständniß als hier. Die Meisten behaupten, 1) daß die adulterini gar nicht, und 2) die spurii, vulgo quaesiti und naturales, im Fall Eltern oder eheliche Kinder vorhanden sind, ebenfalls nicht eingesetzt werden könnten. In Ansehung der spuriorum und vulgo quaesitorum beruhet diese Meynung auf einem offenbaren Irrthum, und verdient nicht die mindeste Rücksicht. Bey den adulterinis beruft man sich auf die Nov. 89, aber ohne Grund, wie ich in der dritten Note bemerkt habe. Und endlich wegen der naturalium heißt es, der Concubinat sey heutzutage verboten, sey ein damnatus coitus, wie die 89. Novelle sage; also könnten diese nicht eingesetzt werden. Höchstseltsam

War denn das stuprum bey den Römern nicht auch verboten, und konnten die spurii nicht demungeachtet eingesetzt werden? Daß der Concubinat *damnatus* coitus in dem Sinne ist, wie die 89. Novelle den Ausdruck nimmt, ist falsch. Niemand hat diese Sache meines Wissens und Dafürhaltens richtiger vorgestellt, als *Desid. Herald.* rer et quaestion. iur. quotid. lib. 1. cap. 2. und *Hommel* rhapsod. obs. 373. welchem *Wisand* opusc. p. 274. beypflichtet. Wer aber die Meynungen Anderer wissen will, kann nachlesen: *Mich. Grass.* de success. §. institutio, qu. 7. pag. 176. *Gail.* lib. 2. obs. 88. n. 1. *Gabr. Palaeot.* de notis spuriisque filiis, cap. 40. p. m. 255. *Forster* de succ. ab int. lib. 6. cap. 47. *Manz.* de testam. valid. vel inval. tit. 6. quaest. 7. n. 108. sqq. p. 442. *Sande* Decis. Fris. lib. 4. tit. 4. def. 3. *Franzk.* ad Instit. lib. 3. tit. 1. cap. 8. n. 12. *Wissenbach* ad Pand. part. 1. disp. 56. n. 6. *Leyser* sp. 356. med. 11. 12. *I. F. W. Pagenstecher* in select. iur. quaest. n. 17. Strube rechtl. Bed. 1. Th. 48. Bed. 4. Th. 130. Bed. *Beck* de stupro, lib. 2. cap. 6. §. 1.

(6) L. 13. D. de his, quae ut indignis. *Voet* ad Pand. d. tit. n. 3. Strube, rechtl. Bed. 4. Theil. 331. Seite.

§. 488. Form der Erbeseinsetzung.

Daß die Erbeseinsetzung nach dem neuen Römischen Rechte nicht gerade mit einer gewissen Formel geschehen muß, haben wir oben (§. 441.) gesehen. Hier wird aber weiter bemerkt: 1) Wenn ich einen Erben ernenne, so muß ich ihn so bezeichnen, daß man gewiß weiß, wen ich gemeynt habe; daß ich ihn mit Namen nenne, ist nicht nöthig. Ulpian sagt: si quis nomen heredis non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod pene nihil a nomine differt, non tamen eo, quod contumeliae causa solet addi, valet institutio (*1). 2) Weiß man, wen der Testator gemeynt hat, so schadet es auch nicht, wenn er einen falschen Namen gebraucht hat; z. E. er sagt: ich setze meinen Oheim Philipp N. ein, und der Oheim heißt nicht Philipp, sondern Heinrich; oder wenn er ihn unrichtig beschreibt, z. E. Heinrich Claus, Philipp Clausens Sohn, soll mein Erbe seyn, und der Vater hat nicht Philipp geheissen (*2). Ein anderes wäre es, 3) wenn der Testirer den A. hätte einsetzen wollen, und aus Versehen den B. genannt hätte; denn jetzt bekommt keiner die Erbschaft (*3). 4) Eine schimpfliche Beschreibung, z. E. mein Vetter, der Gaudieb, soll mein Erbe seyn, macht die Erbeseinsetzung ungültig (*4). Dahingegen schadet 5) die Anführung einer falschen Ursache der Regel nach nichts. Die Ausnahme dieses Satzes, welche unten §. 576. bey den Vermächtnissen vorgetragen werden wird, gilt auch hier. Daß man 6) die Erbeseinsetzung der Willkühr eines Andern überlasse, z. E. A. soll mein Erbe seyn, wenn B. es haben will, geht nicht an (*5). Wie viel Erben jemand ernennen will, hängt von ihm ab (*6). Von selbst versteht sichs indessen, daß, wenn man so viele einsetzen wollte (z. B. alle Einwohner einer Provinz), daß es einem nur eine unbedeutende Kleinigkeit, etwa einige Groschen trüge, die Einsetzung lächerlich und

ohne Wirkung seyn würde. Das Testament würde also nicht gelten, und die Erbschaft den Intestaterben zufallen (*7). Man vergleiche noch damit, was unten §. 495. angeführt ist.

(1) L. 9. §. 8. D. h. t. S. *Wernher* sel. obs. for. tom. 1. part. 5. obs. 235.

(2) L. 48. §. 3. D. eod. *Scip. Gentilis* tract. de erroribus testamentor. cap. I. Wie aber wenn der Testirer seinen eignen Namen unrichtig angegeben hätte? Von diesem Fall handelt L. ult. C. h. t. (VI. 24.), *Gentilis* l. c. cap. 3.

(3) L. 9. pr. D. eod.

(4) L. 9. cit. Indessen s. man *Gentilis* l. c. p. 4. — Hat der Testator den Erben genannt, oder sonst nur deutlich bestimmt, so macht der schimpfliche Zusatz die Einsetzung nicht ungültig. L. 48. §. 1. D. h. t. die im §. n. 4. als Beyspiel, bemerkte Erbenseinsetzung ist also gültig. Anders aber verhält sich die Sache, wenn der Erbe nur allein durch die schimpfliche Benennung kennbar werden soll. Davon redet L. 9. §. 8. h. t. z. B. der Testator sagte: Ich setze die hiesige Kupplerin zur Erbin ein. Alsdann könnte sich keine Person zur Erbschaft melden, ohne ihre eigne Schande anzugeben, welches das Gesetz mit Recht verwirft. Daß überhaupt hiebey noch zwischen Kindern des Testators und andern Personen ein Unterschied Statt finde, wie einige Ausleger behaupten, *Desid. Herald.* observ. et emendat. cap. 28. bey *Otto* thesaur. iur. civ. Tom. 1.; Westphal von Testamenten §. 364. ist bey genauer Vergleichung beyder Gesetzstellen nicht erweißlich. W.

(5) L. 32. h. t. wo Cajus sagt: satis constanter veteres decreverunt, testamentorum iura per se firma esse debere, non ex alieno arbitrio pendere. Auch Pomponius L. 68. eod. bestätigt diese Regel. Was ist aber ihr Grund? Wahrscheinlich der, daß die Testamente als Gesetze angesehen wurden, und es ungereimt wäre, wenn ein Gesetzgeber sagen wollte, dieses oder jenes soll geschehen, wenn der Unterthan A. will. Man s. Glück progr. de effectu singulari extremae voluntatis in alterius dispositionem commissae, sect. 1. §. 2. opusc. Tom. 1. pag. 168. sqq. Es ist aber hierbey zu bemerken: 1) daß die Regel des Römischen Rechts in dem Canonischen cap. 13. X. de testam. nicht, wie Viele glauben, abgeschafft ist. *Glück* l. c. sect. 2. pag. 238. sqq. Daß sie auch in Deutschland gilt, bezeugt Cramer Wetzlar. Beyträge 3. Th. 12. St. 62. rc. Seite 2) Obgleich nicht auf directe Weise die Erbeseinsetzung in den Willen eines Dritten gestellt werden kann, so darf es doch auf eine indirecte Art geschehen. Man kann nemlich den A. auf den Fall zum Erben ernennen, wenn B. ein gewisses Factum thun oder nicht thun wird. Z. B. ich kann sagen: A soll mein Erbe seyn, wenn B. die C. heyrathen wird. Hier hängt es vom Willen des B. ab, ob A. mein Erbe werden wird, oder nicht. L. 68. D. h. t. 3) Auch Vermächtnisse können nicht lediglich dem Willen der Erben oder eines Dritten überlassen werden. Jenes ist sehr begreiflich, denn wenn es einem Schuldner gänzlich überlassen wird, ob er zahlen will oder nicht, so ist er im Grunde kein Schuldner, und Modestinus L. 52. D. de condit. et demonstr. bestätigt es ausdrücklich. Allein daß man ein Legat nicht in den Willen eines Dritten stellen könne, ist nicht so klar. Denn Ulpian L. 43. §. 2. de legat. I. und L. 46. §. 2. de fideicommiss. lib. erklärt ein solches Vermächtniß für gültig, Modestin am a. O. hingegen für ungültig. Man hat sich viele Mühe

gegeben, diese Stellen zu vereinigen. Glück l. c. p. 216. sqq. handelt ausführlich davon. 4) Ein Vermächtniß ist gültig, wenn der Testirer des Erben oder eines Dritten ehrlichem, vernünftigem Ermessen überläßt, ob er es für gut halte, daß der Legatar das Legat bekomme, si non merae voluntati heredis vel tertii commissum, sed quasi viri boni arbitrium electum est. L. 11. §. 7. de legat. III. L. 75. pr. de legat. I. *Pufendorf* Tom. 3. obs. 9. *C. F. Walch* de legato heredis in arbitrium collato. in Eiusd. opusc. I. 9.

(6) Justinian sagt §. 4. h. t. et unum hominem et plures *in infinitum*, quod quis heredes velit, facere licet. S. *Vinn.* ad h. t.

(7) Nicht dem fisco, *Reinharth* ad *Christin.* IV. 21.

§. 489. Verschiedene Arten der Erbeseinsetzung.

Ein Erbe kann 1) unbedingt (pure); 2) mit einer Bedingung; aber 3) nicht auf eine gewisse Zeit (in diem certum), auch nicht von einer gewissen Zeit an (ex die certo) eingesetzt werden. Diem adiectum haberi pro supervacuo placet, wie Justinian sagt; oder wie sich Papinian ausdrückt: vitio temporis sublato, manet institutio (*[1]). Wenn also der Testirer gleich gesagt hätte: A. soll mein Erbe seyn nur zehen Jahre lang, so bleibt A. doch immer Erbe. Und wenn der Testator gleich verordnet hätte: A. soll mein Erbe seyn, aber erst, wenn zehen Jahre nach meinem Tode verflossen sind, so bekommt A. dennoch sogleich nach des Erblassers Tode die Erbschaft. Einen Grund dieser Regel habe ich oben schon erklärt. (§. 442.) Sie hat aber auch einen andern, diesen nemlich: wer einmal Erbe ist, muß es nach dem Römischen Recht allezeit bleiben, kann nie wieder aufhören, es zu seyn *). Wollte ich aber einen Erben in diem ernennen, so würde gegen diesen Grundsatz angestossen werden müssen.

Man wird vielleicht den Einwurf machen: es geht ja doch an, den A. zum Erben zu ernennen, und ihm ein Fideicommiß aufzulegen, ihm aufzugeben, daß er nach einer gewissen Zeit, z. E. nach zehen Jahren die Erbschaft dem B. abtrete. Ist hier nicht ein Erbe in diem, und ein anderer ex die ernannt? Ich antworte darauf: die Regel: heres non potest institui ex die, ist von einem directen Erben zu verstehen, auf Fideicommisse geht sie nicht. Eben darum, weil man directe keinen Erben ex die ernennen konnte, wurden die Fideicommisse gebraucht (§. 600.) (*[2]). Allein auch hier blieben die Römischen Gesetzgeber ihrem Princip: heres non potest institui in diem, getreu, indem sie sagten, der mit einem Fideicommiß beschwerte Erbe bleibt, auch wenn er die Erbschaft abgetreten hat, doch noch Erbe. Der Fideicommißerbe ist nur *heredis loco* (§. 602.).

Was ist aber Rechtens, wenn der Tag ungewiß ist, den man der Erbeseinsetzung beyfügt? Man distinguire drey Fälle: 1) der Tag ist völlig ungewiß, das heißt, man weiß weder, ob er kommen werde, noch wann er kommen werde. Z. E. A. soll mein Erbe an dem Tage seyn, da er seinen

ersten Sohn taufen lassen wird. 2) Der Tag ist ungewiß, in Ansehung der Frage ob: das heißt, man ist nicht versichert, daß er kommen werde, z. E. A. soll an dem Tag mein Erbe seyn, da er 25 Jahr alt werden wird. 3) Der Tag ist nur in Ansehung der Frage wann ungewiß; man weiß gewiß, daß er kommt, aber nicht, wann er kommen wird. Z. E. B. soll mein Erbe seyn an dem Tage, da der Friede zwischen den jetzt Krieg führenden Mächten geschlossen werden wird. Im ersten und zweyten Falle ist der Tag offenbar als eine Bedingung anzusehen: denn da man nicht weiß, ob der Tag kommen wird, so ist es auch ungewiß, ob der eingesetzte Erbe die Erbschaft erhält. Was also dabey Rechtens sey, wird der folgende §. lehren. Auch im dritten Falle gilt der Tag als eine Bedingung: denn obgleich der Krieg nicht ewig dauern kann, so weiß man doch nicht, ob der Erbe den Tag des Friedensschlusses erleben wird. Nun muß er ihn aber erleben, wenn er die Erbschaft haben will (§. 493.). Folglich ist es ungewiß, ob er die Erbschaft bekommt; folglich ist er unter einer Bedingung eingesetzt (*3).

Ein Erbe kann auch *sub causa* und *sub modo* eingesetzt werden. Sub causa ist er eingesetzt, wenn der Testirer die Ursache anführt, welche ihn zu der Einsetzung bewogen hat; z. E. ich setze den A. ein, weil er mir viele nützliche Dienste geleistet hat. Sub modo, wenn der Zweck bestimmt ist, zu welchem der Erbe die Erbschaft verwenden soll; z. E. ich setze den B. ein, damit er studiren könne. Bey diesen beyden Erbeseinsetzungen ist Rechtens, was unten §. 576. 577. von den legatis sub causa und sub modo vorkommen wird.

(1) §. 9. I. h. t. L. 34. D. eod. *Scip. Gentilis* tr. de error. testamentor. cap. 9.
(*) L. 88. D. h. t.
(2) Sollte bey uns der Fall vorkommen, daß jemand einen Erben von einer gewissen Zeit an, oder auf gewisse Zeit eingesetzt hätte, so würde es als ein Fideicommiß gelten können, insofern erhellete, daß dieß der Sinn des Testirers gewesen sey; d. i. im ersten Falle würden die Intestaterben die Erbschaft antreten, und nach Ablauf der bestimmten Zeit dem Testamentserben herausgeben. Im letzten Fall würde der Testamentserbe nach Verlauf der gesetzten Zeit die Erbschaft den Intestaterben abtreten müssen. Wenigstens würde dieses alsdann keinem Zweifel unterworfen seyn, wenn dem Testament die Codicillarclausel angehängt ist (§. 627.).
(3) Nur in dem Falle, wenn ich einen einsetzte an dem Tage da er sterben wird, wäre es ein anders. Diese Einsetzung wäre als eine unbedingte (pura) ex die certo anzusehen, und der Eingesetzte würde nach Römischem Recht sogleich nach dem Absterben des Erblassers die Erbschaft verlangen können. *Vinn.* ad §. 9. h. t. n. 6.

§. 490. Was ist die Bedingung.

Bedingung heißt in der allgemeinen Bedeutung ein äusserlicher Umstand, von welchem ein gewisses Recht abhängt (*1). Wenn ich z. E. sage:

A. soll mein Erbe seyn, wofern er heyrathet, und männliche Descendenz bekommt: so hängt von dem Umstand des Heyrathens und der Erzeugung männlicher Kinder die Erwerbung des Erbrechtes ab; also ist eine Bedingung vorhanden. So lang es ungewiß ist, ob eine Bedingung erfüllt werden wird, sagt man, sie schwebe, *conditio pendet.* Sobald der Umstand wirklich wird, von welchem das Recht abhängt, so heißt es: *existit conditio.* Endlich wenn es gewiß ist, daß nun die Bedingung nicht existiren werde, so heißt es: *deficit conditio.*

Die Bedingung wird auf mancherley Art eingetheilt. Sie ist 1) entweder *in praesens*, oder *in praeteritum*, oder *in futurum collata.* Wenn der Umstand, von welchem ein Recht abhängt, in die vergangene Zeit gesetzt wird, so ist es conditio in praeteritum collata. Bey Testamenten insonderheit ist eine solche Bedingung vorhanden, wenn man einem etwas verläßt, auf den Fall, daß ein gewisser Umstand sich schon vor Verfertigung des Testaments ereignet hat. Z. E. A. soll mein Erbe seyn, wenn er vor der Verfertigung dieses meines Testamentes Burgermeister gewesen ist. Conditio in praesens collata ist, wenn der Umstand an dem Tage, da die Bedingung gemacht wird, existiren soll. Z. E. A. soll mich erben, wenn er heute am 1. Februar 1778, da ich dieses Testament mache, verheyrathet ist. Oder: da ich nicht weiß, ob mein Sohn gegenwärtig noch lebt, oder nicht: so setze ich den A. auf den Fall, daß mein Sohn todt ist, ein. Endlich conditio in futurum collata heißt, wenn der Umstand, von welchem das Recht dependirt, in die Zukunft gesetzt ist; z. E. A. soll mein Erbe seyn, wenn er heyrathen wird.

2) Sie ist entweder *suspensiva* oder *resolutiva.* Wenn von der Bedingung die Frage abhängt, ob einer das Recht bekommen soll, so heißt sie suspensiva; hingegen resolutiva, wenn von der Condition die Frage dependiret, ob er das Recht behalten, oder ob er es wieder verlieren soll. Also bey Erbschaften ist conditio suspensiva beygefügt, wenn das Erbrecht nicht eher anfangen soll, als bis die Condition existiret; und resolutiva, wenn das Erbrecht aufhören soll, sobald die Condition existirt.

3) Entweder *affirmativa*, oder *negativa;* affirmativa, wenn einer das Recht bekommt, oder es ihm bleibt, in sofern der Umstand existirt; negativa, wenn er das Recht erhält, oder es ihm verbleibt, in sofern der Umstand nicht Statt findet. Z. E. A. ist unter einer affirmativen Bedingung eingesetzt, wenn es heißt: A. soll mein Erbe seyn, wofern er die Doctorwürde annehmen wird; unter einer negativen hingegen, wenn ich sage: er soll mich erben, wenn er nicht Soldat werden wird.

4) Entweder möglich, oder unmöglich; die unmögliche entweder physisch oder moralisch unmöglich. Physisch unmöglich ist die Bedingung,

müsse. Vergl. z. B. L. 63. §. 7. D. ad SC. *Trebell.* L. 4. §. 1. D. de statu lib. §. 491. not. 3.) W.

(4) Oder wie eine gewisse Dame sagte: Ich vermache den Armen 200 Thaler, doch anders nicht, als wenn ich mein Gesicht bis an mein Ende behalte, und der liebe Gott mich auf kein langes Krankenlager legt.

(5) L. 11. §. 1. D. eod.

(6) In dem Fall, wenn ich einen unter der Bedingung, daß er meinen Namen annehmen solle, eingesetzt, und ihm auferlegt hätte, die Erbschaft als ein Fideicommiß wieder abzutreten, war er nicht schuldig den Namen anzunehmen. L. 63 §. 10. D. ad SC. Trebell. *Christ. Gottl. Richter* exercit. de conditione nominis ferendi ultimis voluntatibus adscripta, Lips. 1780.

(7) Man kann also den in der L. un. §. 7. C. de caduc. toll. (VI. 51.) enthaltenen Unterschied zwischen den potestativen und vermischten Bedingungen nicht verwerfen, wie Einige thun. S. *Einert* diss. var. iur. civ. capita, cap. 2. Ein Beyspiel einer gemischten Bedingung ist, wenn ich einen einsetze unter der Bedingung, daß er beweise, er sey der Sohn eines gewissen Mannes. Denn den Beweis anzutreten, steht in seiner Gewalt; ob er ihn aber gehörig führen könne, hängt von Umständen ab. L. 83. D. de condit. et demonstr. *Thomasii* diss. de filio sub conditione, si se filium probaverit, herede instituto cap. 3. §. 10. Der Hauptschriftsteller in dieser Materie ist *Philibert Braxelius* in tract. de conditionibus testamentorum, contractuum et pactorum, Lovan. 1569. 4. nachher mehrmal aufgelegt, unter andern Frf. et Lips. 1700. 4. mit *Pauli Durani* tract. de conditionibus et modis impossibilibus. Hingegen *Io. Iust. Ravensberg* opusc. de conditionibus conventionum et ultimarum voluntatum, Ien. 1752. 8. ist weder gründlich noch vollständig. — *A. T. Schott* de conditionis potestativae figmento; in eiusd. opuscul. n. 9. will zwar die potestative Bedingung als eine besondere Art nicht gelten lassen, weil Nichts von dem Willen eines Menschen allein abhängt. Allein die im §. vorkommende Erklärung rechtfertigt den Begriff hinreichend. W.

§. 491. Regeln der Bedingungen.

Bey den Conditionen gelten folgende Regeln: 1) Eine conditio in praesens oder praeteritum collata schiebt die Erwerbung des Erbrechts nicht auf, hält sie nicht in der Ungewißheit. Denn wenn das Testament eröffnet wird, und man sieht, daß zur Zeit der Verfertigung der festgesetzte Umstand schon existirt hatte, oder noch existirt; z. E. der eingesetzte Erbe am 1. Febr. 1778. verheyrathet war, so wird er sogleich Erbe; zeigt sichs hingegen, daß der Umstand damals noch nicht existirte, so hat der Erbe auch sogleich alle Hoffnung zur Erbschaft verlohren (*1 a).

2) Ein Erbe kann nicht unter einer resolutiven Bedingung eingesetzt werden. Denn wer einmal Erbe ist, muß es allezeit bleiben. (§. 480). Wenn ich also einen Erben unter einer Resolutiv-Bedingung einsetze; z. B. A. soll mein Erbe seyn, aber es nur so lang bleiben, bis er eine andere Versorgung bekommen wird; so wird die Bedingung als nicht beygefügt angesehen. Uebrigens kann der Testirer ein Fideicommiß unter einer solchen Bedingung ver-

ordnen; z. B. sagen: sobald er eine andere Versorgung erhält, soll er die Erbschaft an den B. abtreten. Man s. auch Anmerk. 2. zum §. 489.

3) Eine Erbeseinsetzung unter einer physisch-unmöglichen negativen Bedingung (das heißt, wenn ich einen unter der Bedingung einsetze, daß er etwas physisch-unmögliches unterlassen soll) ist so gut, als eine unbedingte (*[1b]); z. E. A. soll mein Erbe seyn, wenn er das Luftschiff nicht erfindet, keine Universalmittel bekannt macht. Denn das Luftschiff (*[2]) und die Universalarzneyen sind Schimären. Wenn ich hingegen eine moralisch unmögliche Bedingung negativisch vorschreibe, das heißt, dem Erben die Unterlassung einer unerlaubten Handlung befehle: so ist die Condition wirksam; denn er muß das Factum unterlassen, wenn er mich erben will, und deswegen Caution stellen.

4) Wird eine schlechterdings unmögliche Bedingung als eine affirmative vorgeschrieben; sie sey nun moralisch, oder physisch unmöglich: so wird die Einsetzung als eine unbedingte, die Condition wird als nicht beygefügt angesehen, pro non adiecta habetur, *evanescit, detrahitur conditio*, sie ist unwirksam; das heißt, der eingesetzte Erbe bekommt die Erbschaft, ohne daß er die Bedingung zu erfüllen, z. E. den unmöglichen Triangel zu zeichnen, den B. auszuprügeln braucht. Die Ursache ist vermuthlich diese: die Gesetzgeber finden es sehr unschicklich, daß man solche unmögliche Bedingungen beyfüge, von denen man weiß, daß sie der Erbe gar nicht, oder nicht erlaubter Weise erfüllen kann. Thut es also ein Testator, so verordnen sie zur Strafe, daß die Condition als gar nicht vorhanden angesehen werden soll (*[3]).

5) Ist die Condition von den zufällig-unmöglichen eine, so kommt es darauf an, ob sie der Erbe erfüllen kann, oder nicht. Kann er es, so ist eben das Rechtens, was bey den möglichen Bedingungen gilt. Kann er es hingegen nicht, so hat der Testator dieß entweder gewußt, oder nicht. In jenem Falle ist die Condition zur Strafe als nicht beygefügt anzusehen; in diesem Falle aber ist sie gültig, und der Erbe bekommt die Erbschaft nicht (*[4]).

Was die möglichen Bedingungen betrift, so unterscheide man drey Perioden. Der erste ist, wenn die Bedingung noch schwebt; der zweyte wenn sie existiret, der dritte, wenn sie deficirt. 6) Schwebt sie noch, und ist casualis, oder mixta: so kann der eingesetzte Erbe die Erbschaft nach den Civilgesetzen nicht antreten; der Prätor aber giebt ihm bonorum possessionem secundum tabulas. Nur muß er Caution stellen, daß er die Erbschaft wieder herausgeben will, wenn die Bedingung deficiren sollte. 7) Ist die Condition eine potestativa affirmativa, und der Erbe kann sie sogleich erfüllen, z. E. es heißt, A. soll mein Erbe seyn, wenn er heyrathet, und der Erbe ist im Stande zu heyrathen: so muß er es sogleich nach dem Absterben des Testators thun (*[5]). Ist dieß aber nicht möglich, weil z. B. der Erbe noch zu jung

ist: so muß er wieder bon. poss. sec. tabulas suchen, und Caution stellen. 8) Ist sie hingegen negative beygefügt, so kann er die Erbschaft antreten, wenn er die Mucianische Caution leistet. Z. E. wenn es im Testament heißt; A. soll mich erben, wofern er nicht Soldat wird, so muß A. Caution stellen, daß er kein Soldat werden wolle. Nach den alten Gesetzen konnte er in seinem ganzen Leben die Erbschaft nicht bekommen: denn so lang er lebte, war es immer noch möglich, daß er gegen die Vorschrift des Testaments handelte. Aber Q. Mucius Scävola, Pontifex Maximus, führte den Satz ein, daß der Erbe zur Erbschaft gelassen werden solle, wenn er Caution leistete, daß er den Willen des Testators nie übertreten würde, und daher heißt diese Caution die Mucianische (*6). Diese Caution hat also nur Statt 1) bey potestativen negativen Bedingungen und zwar 2) solchen, welche vor dem Tode des Erben oder Legatars schlechterdings nicht erfüllt werden können (quae non nisi morte eorum, quibus aliquid relinquitur, finiuntur). Deutlicher, wenn ich einem etwas unter der Bedingung hinterlasse, wofern er eine gewisse Handlung nicht thun werde, und es schon bey seinem Leben gewiß werden kann, daß er das nicht thun könne, was er unterlassen soll: so findet die Mucianische Caution nicht Statt. Wenn also (ein Beyspiel, das Papinian (*7) giebt) die Testatricin gesagt hat: ich vermache meiner Schwiegertochter diese Summe unter der Bedingung, daß sie sich von ihrem Manne nicht scheide; so fällt die Mucianische Caution weg. Denn der Mann kann ja eher sterben, als die Frau. In diesem Falle ist es schon bey den Lebzeiten der Schwiegertochter gewiß, daß sie sich nicht von ihrem Manne scheiden werde. Auch wenn ich einem etwas hinterlasse unter der Bedingung, daß er binnen einer gewissen Zeit etwas nicht thun soll, z. B. vor dem 25sten Jahre nicht Soldat werden soll, so fällt die Mucianische Caution weg; quia haec conditio ante mortem legatarii finiri potest (*8).

9) Existirt die Bedingung, so bekommt der Erbe die Erbschaft, und zwar vom Tode des Testators, nicht erst von dem Tage an, da die Bedingung existirt; retro pura censetur institutio. Nur muß der Erbe die Existenz der Condition erleben. Stirbt er vorher, so bekommt er nichts, und seine Erben eben so wenig; institutio fit caduca.

Eben so ist es, 10) wenn die Bedingung deficirt. Das Testament geht zu Grunde (testator intelligitur a principio intestatus decessisse), und der Erbe verliert die Hoffnung die Verlassenschaft zu erhalten. (S. die 32. Tabelle.) (*9).

Die Anmerkung sagt: in den Contracten hat eine unmögliche Bedingung ihre Wirkung. Sie wirkt nemlich so viel, daß der Promissor, welcher etwas auf den Fall verspricht, daß eine natürlich unmögliche Bedingung existiren wer-

de, gar nicht verpflichtet wird. (§. 740.) Hier haben die Gesetzgeber nicht verboten, unmögliche Bedingungen festzusetzen, und sie daher auch ihrer Wirkung nicht beraubt.

(1a) Die Classiker lassen daher eine solche Bedingung gar nicht als eine wahre Bedingung gelten. L. 10. in fin. de condit. instit.

(1b) *Forner.* rer. quotidian. lib. 6. cap. 29. in *Otton.* thesaur. Tom. 2. p. 311.

(2) Dieß schrieb ich im Jahr 1782, und hatte alle Physiker auf meiner Seite. Seitdem hat uns Montgolfier widerlegt.

(3) Ich habe noch verschiedenes hiebey zu bemerken. 1) Die Ursache, warum die unmöglichen Bedingungen als nicht beygefügt angesehen werden, ist nicht ausgemacht. a) *Averan* interpret. lib. 2. p. 595. und *Maians.* disp. 34. §. 4. 5. sagen, dem Testator ist daran gelegen, daß sein Wille erhalten werde; es ist nicht zu glauben, daß er eine unwirksame Verordnung habe machen wollen. Vielmehr ist also zu vermuthen, daß dem Testator die Bedingung aus Uebereilung, Verwirrung, in der Todesangst entwischt ist. Diese Ursache scheint mir nicht die wahre. Wer wird z. E. aus Uebereilung und Verwirrung sagen: Titius, si digito coelum tetigerit, L. 16. de iniusto, rupto, oder Titius heres esto, si mare ebiberit, ein Exempel, das *Theoph.* ad §. 10. h. t. giebt? Und wie, wenn ausgemacht wäre, daß der Testator seinen letzten Willen bey ganz gesunden Tagen aufgesetzt habe; aus dem ganzen Inhalt erhellete, daß er mit völliger Ueberlegung gesprochen habe? b) *Richter* diss. de conditione impossib. ultimae volunt. adiecta, indistincte pro non scripta habenda, p. 1. 2. führt zur Ursache an: weil Niemand zu unmöglichen Dingen verpflichtet werden könne. Allein auf diese Weise müßte die unmögliche Bedingung auch in Contracten als nicht beygefügt angesehen werden. Wieder anders erklärt c) *Crell.* diss. an conditio quae propter casum impleri nequit, pro impleta habeatur, §. 3. die Sache: Locatus est testator, sagt er, in conditione, quam scivit impossibilem futuram, et *quasi tentare voluit solertiam et sapientiam heredis,* utrum sciret discernere, quid ab ipso serio, et quid per iocum aliquem desideretur. Dieß ist gewissermaßen richtig. Daß der Testator, welcher eine unmögliche Bedingung beyfügt, nur hat spassen wollen, kann seyn. Allein nicht darum, quia tentare voluit etc. sondern zur Strafe, daß er an einem Orte spasset, wo man ernsthaft reden soll, wird die Condition als nicht beygefügt angesehen. Die richtige Ursache ist meines Erachtens die im §. angeführte, die auch *Brussel* p. 298. annimmt. Man kann aber die Sache auch wohl aus der begünstigten Aufrechthaltung der Testamente überhaupt, und besonders daraus erklären, daß diese ursprünglich als wirkliche Gesetze sanctionirt wurden, auch noch jetzt *instar legis* gelten, folglich sich nicht gleich durch sich selbst wieder aufheben können; da hingegen bey Verträgen sich eher ein bloßer Scherz annehmen läßt, und aus der unmöglichen Bedingung die Ungültigkeit des Versprechers von selbst folgt. L. 31. D. de obl. at Act. *Voet* comment. ad Dig. XXVIII, 7. 16. vergl *Hübner* de condit. diffic. c. 2 pag. 12 sqq. W. 2) Da die Ursache der Verordnung: conditio impossibilis detrahitur, nicht klar ist, so wird auch sehr darüber gestritten, ob die unmöglichen Bedingungen unwirksam seyen, wenn sie der Erblasser für möglich gehalten hat. Man hat drey verschiedene Meynungen; die erste ist: eine jede unmögliche Bedingung ist unwirksam, der

Testirer mag gewußt haben, daß sie unmöglich sey, oder nicht. *Scip. Gentilis* de error. testamentor. cap. 6. p. m. 51. sqq. *Averan* l. c. p. 601. *Amaya* observ. lib. 2. cap. 12. *Richter* diss. cit. Die zweyte: eine schlechterdings unmögliche Bedingung ist unwirksam, dem Testirer mag die Unmöglichkeit bekannt, oder nicht bekannt gewesen seyn. Zufällig-unmögliche Bedingungen hingegen sind alsdann unwirksam, wenn der Testator die Unmöglichkeit gewußt; wirksam, wenn er sie nicht gewußt hat. *Duranus* I. cap. 7. n. 7. Die dritte endlich: eine jede unmögliche Bedingung ist wirksam, wenn der Testirer die Erfüllung für möglich gehalten hat, L. 58. D. de condit. indeb. Diese Meynung vertheidigt *Brussel* p. 299. *Stryk* de cautel. testam. cap. 16. §. 33. und *Becker* diss. de conditione impossibili non indistincte pro non scripta habenda. (Rostoch. 1754.) §. 19. sqq. und ich halte sie für die richtige. Denn wenn der Testirer glaubte, die Erfüllung der Bedingung, z. E. die Erfindung einer Universalarzney sey möglich, so kann man ihn wegen der Beyfügung der Condition nicht strafen. Freylich ist damit schwer zu vereinigen, was Paullus in der L. 4 §. 1. de stat lib. sagt. Wenn ich im Testament verordne, daß mein Sklave freygelassen werden soll, wenn er dem Erben millies, hundert Millionen Sestertien zahlen wird; so ist das Vermächtniß ungültig, inutiliter libertas legatur, weil die Condition *pene impossibilis* sey, *nec animus dandae libertatis est.* Viele zählen dieß unter die unauflöslichen Antinomien, z. B. *Silberrad* ad *Heinecc.* hist. iur. lib. 1. §. 398. Andere halten doch eine Vereinigung für möglich. Vielleicht wich man in dem legato libertatis von den allgemeinen Rechtsprincipien ab; entweder aus dem Grunde, den *Scip. Gentilis* tractat. de erroribus testamentor. (Argentor. 1669.) p. m. 60. anführt; oder aus dem, welchen *Maians.* diss. 34. §. 9. zu Hülfe nimmt. Ich übergehe die Erklärungen Anderer z. B. *Iac. Gothofred.* ad L. 135. de R. I. weil sie noch weniger befriedigen. — Genau betrachtet ist aber die in L. 4. §. 1. cit. angeführte Bedingung, ob sie gleich in grammatischem Verstande difficilis ist, dennoch nicht als unmöglich zu betrachten. An sich bleibt es ja möglich, daß der Knecht das Geld von Andern angeliehen oder geschenkt erhalte. Damit wäre also, wie *Hübner* c. l. gezeigt hat, die von Einigen hier behauptete Antinomie gehoben. Man sehe übrigens zur Erläuterung des ganzen Inhalts jener Stelle noch L. 3. D. eod. L. 79. §. 1. D. de cond. et dem. L. 12. §. 1. D. de legat. 2. *Ulpian.* Fragm. XXIV. 15. *Paullus* recept. sent. III. 6. 4. L. 61. pr. D. de manum testam. W.

Könnte bey einer unmöglichen Bedingung der Erbe beweisen, daß der Testator nur gewollt hätte, er, der Erbe soll sich alle Mühe geben, die Bedingung zu erfüllen, oder auch daß der Testator die Bedingung würde weggelassen haben, wofern er die Unmöglichkeit gewußt hätte: so würde er zur Erbschaft zu lassen seyn. *Becker* l. c. Uebrigens muß vor allen Dingen klar seyn, daß der Testator, welcher eine unmögliche Bedingung vorschreibt, noch bey Verstande gewesen sey. Denn hat er sie aus Mangel der Vernunft verordnet, so fallen alle Fragen über ihre Wirksamkeit oder Unwirksamkeit weg. L. 27. D. de condit. instit.

So wenig als auf die unmöglichen Bedingungen geachtet wird, eben so wenig gelten die ungereimten, lächerlichen, L. 27. cit. L. 113. §. ult. D. de leg. III. und die, deren Erfüllung dem Erben oder Legatar mit Billigkeit nicht zuge-

muthet werden kann, z. E. man setzte ein Frauenzimmer von Stande ein, wenn sie ihren Kutscher heyrathen würde, L. 63. §. 1. de condit. et dem.

(4) Ob es eine unschickliche und daher zu verwerfende Bedingung sey, wenn Jemand einen korpulenten Landesherrn einsetzte, wofern er zu Fuß auf den Melibocus gehen werde, untersucht *Gundling* diss. de principe herede cap. 6. §. 30.

(5) Wenn der Erbe die Bedingung schon bey Lebzeiten des Testators erfüllt hat, so kommt es darauf an, ob die Erfüllung wiederholt werden kann oder nicht (z. E. A. soll mein Erbe seyn, wenn er die B. heyrathet, und die Heyrath ist schon bey dem Leben des Testators geschlossen); ob die Erfüllung vor oder nach der Testamentserrichtung geschehen ist; ob im ersten Fall der Erblasser es gewußt habe oder nicht. Kurz es hängt alles davon ab, ob der Erbe nach dem vermuthlichen Willen des Testirers die Erfüllung wiederholen soll oder nicht. L. 10. L. 11. D. de condit. et dem. Diese in der Natur der Sache gegründete Regel hat auch wohl Justinian L. 7. Cod. de instit. et substit. (VI. 25.) nicht aufheben wollen.

(6) *Gust. Bern. Becmann* diss. de legatis poenae nomine relictis §. 15. *Fein* diss. de herede suo sub. condit. instituto, pag. 56. und Herr Professor Büchner in einem Programm de usu cautionis Mucianae etc. Giss. 1789. behaupten, die Mucianische Caution habe auch bey affirmativen Bedingungen Statt. Allein die angeführten Stellen L. 73. D. de condit. et demonstrat. und L. 66. §. 1. D. ad. SC. Trebell unterstützen, soviel ich einsehe, diese Meynung nicht. Denn die conditiones, quae morte legatariorum finiuntur, oder quae nisi fine vitae expleri non possent, wie es dort heißt, sind keine andere, als potestative negative. Alle Stellen, welche von der Mucianischen Caution reden, z. E. L. 72. L. 73. L. 77. §. 1. L. 79. §. 2. et 3. D. L. 101. §. 3 de cond. et dem. L. 76. §. 8. de legat. II. setzen eine negative Bedingung voraus, und Ulpian sagt in der L. 7. D. de condit. et dem ausdrücklich: Mucianae cautionis utilitas consistit in conditionibus, quae *in non faciendo* sunt conceptae.

(7) L. 101. §. 3. D. de condit. et demonstr. Auch diese Stelle beweißt also nicht, was Becmann am O. daraus beweisen will, daß die Mucianische Caution auch bey affirmativen Bedingungen Statt gefunden habe. Denn die Condition: si cum marito in matrimonio perseveraverit, heißt im Grunde soviel als: si a marito non diverterit. *Maians.* disp. 40. §. 17.

(8) Indessen sind doch die Classiker auch diesem Princip nicht immer getreu. Man s. L. 67. de condit. et demonstr. und *Cuiac.* ad Papin. quaest lib. 18. in opp. (edit. Guerin. et Colombet.) pag. 481. Von der bedingten Einsetzung der Notherben ist noch zu bemerken: 1) ein *filius suus* (§. 538) kann unter einer Bedingung eingesetzt werden, deren Erfüllung völlig in seiner Gewalt steht. Unter einer andern kann man ihn nicht einsetzen, ohne ihn zugleich auf den entgegengesetzten Fall zu enterben. Man kann z. E. sagen: filius heres esto, si capitolium ascenderit. Denn dieß steht in seiner Macht; thut er es nicht, so ist es anzusehen, als ob er die Erbschaft nicht haben wolle. Hingegen kann man nicht sagen, filius heres esto, si navis ex Asia venerit. Dieß Testament wäre null. Denn wenn das Schiff nicht kommt, so ist der suus übergangen. Um also der Nullität vorzubeugen, muß man hinzusetzen, si navis non venerit, filius exheres esto. L. 4. L 6. de hered. instit. L. 15. L. 28. de condit. instit. L. 4. C. de instit. et substit. (VI. 25.) Diese Verordnungen vom filio suo, sind

vermöge des § 5. I de lib. exhered. und L. 4. C de lib. praeter. (IV. 28.) auch auf Töchter und Enkel, wenn sie sui sind, anzuwenden.

2) Wenn heutigestages der Fall vorkäme, daß ein suus unter einer Bedingung eingesetzt wäre, die nicht in seiner Gewalt steht, z. E. mein Sohn soll mein Erbe seyn, wenn er eheliche Kinder zeugt, so wären meines Erachtens jene Gesetze nicht anzuwenden; denn der Zusatz: er soll enterbt seyn, wenn er keine zeugt, ist doch eine bloße Formel; und in jener bedingten Einsetzung liegt schon eine indirecte Enterbung (§. 474).

3) In der L. 32. und L. 36. C. de inoff. testam. (III 28) verordnete Justinian, daß den Notherben in Ansehung des Pflichttheils gar keine Bedingung auferlegt werden solle. Also in Ansehung des Vermögens, welches ein Notherbe über den Pflichttheil bekommt, kann ihm jede Bedingung vorgeschrieben werden.

4) Nun fragt sichs aber, ist durch diese Verordnung jenes ältere Recht aufgehoben, d. h. ist ein Testament null, worin der suus (einer der vorzüglichsten Notherben) unter einer Bedingung eingesetzt ist, die nicht in seiner Gewalt steht, ohne auf den gegenseitigen Fall enterbt zu seyn? Viele z. B. *Schilter* Ex. 38. th. 99. *Westphal* diss. de condit. potestativa, in testamento liberis adiecta, § 16. Glück und Geiger in den Rechtsfällen 2 Band 12 Seite, behaupten, das Testament sey gültig, und die Condition falle nur in Ansehung des Pflichttheils weg. Andere z. E. *Stryk* caut. testam. cap. 16. § 32 *Lauterbach* colleg. tit. de condit. instit. §. 4. *Coccéii* iur controv. eod. tit. quaest. 1. *Fein* diss. de suo herede sub condit. instituto §. 35. halten es für null. Nach der Theorie ist wohl diese letzte Meynung vorzuziehen, wie *Franzk.* ad L. 29. de lib. et post. disput. 5. membr. 1. sect. 3 sehr gründlich erwiesen hat. Justinian redet in der L. 32. und L. 36. cit. nicht von Fällen, wo das Testament null ist. Indessen kommt in Deutschland auf diese Sache, nach dem, was ich vorhin angeführt habe, nichts an.

5) Wichtiger ist eine andere Frage: was ist, wenn der suus unter einer Bedingung auf die gehörige Art eingesetzt ist, die Wirkung dieser Einsetzung? Also a) er ist eingesetzt unter einer Bedingung, die in seiner Gewalt steht, oder b) zwar unter einer, die nicht in seiner Gewalt ist, er ist aber zugleich auf den entgegengesetzten Fall enterbt, oder c) er ist nicht auf diesen Fall enterbt, man nimmt aber die Meynung an, daß dieß in Deutschland nicht nöthig sey. Was ist nun Rechtens? Ich halte dafür, daß es auf folgende Distinction ankomme. Ist der suus blos auf den Pflichttheil eingesetzt, so ist er unstreitig nicht schuldig, die Bedingung zu erfüllen. Wie aber, wenn ihm mehr hinterlassen ist? Alsdann ist entweder die Socinische Clausel beygefügt, oder nicht. Ist jenes, so hat der suus die Wahl, ob er den Pflichttheil allein unbedingt nehmen, oder die Bedingung erfüllen und das Ganze haben will. Wenn hingegen jene Clausel nicht beygefügt ist, so ist entweder der suus auf den Fall der nicht erfüllten Bedingung, und zwar mit Anführung einer gesetzlichen und erweislichen Ursache enterbt, oder nicht. Ist er so enterbt, so muß er sich die Bedingung gefallen lassen, sonst bekommt er gar nichts. Z. E. wenn es hieße: meinen Sohn könnte ich enterben, weil er mich geschlagen hat. Ich will ihn aber demungeachtet unter der Bedingung einsetzen, wenn er die N. heyrathet. Hat dieser Sohn wirklich Hand an seinen Vater gelegt, so muß er die benannte

Per=

Person heyrathen, oder die ganze Erbschaft fahren lassen. Ist eine Enterbung, aber aus einer nicht gesetzlichen Ursache beygefügt, oder die angeführte Ursache ist unerweislich, so ist (im ersten Fall) das Testament aus der 115. Nove e null, oder es wird (im letzten Fall) als inofficiosum umgestoßen. Die Bedingung braucht also in keinem dieser beyden Fälle erfüllt zu werden. *Stryk* ad *Lauterb.* lib. 28. tit. 7. n. 5. Wie aber endlich, wenn gar keine Enterbung beygefügt ist? z. E. der Vater sagte: meinen Sohn setze ich zum Erben ein, aber unter der Bedingung, daß er nicht Soldat wird. Hier sagen Einige z. E. *Fein* l. c. §. 34 der suus muß die Condition erfüllen, sonst bekommt er nichts. Andere, z. E. *Franzkius* l. c. n. 44. sqq. behaupten, er müsse die Condition erfüllen, wenn sie leicht zu erfüllen sey Wieder Andre, z. E *Gomez* resolut. tom 1. cap. 3. n. 18. cap. 11. n. 32. *Münz.* de testam. val. et inval. tit. 12. quaest. 44. n. 27. distinguiren: der Eingesetzte hat entweder a) einen Miterben oder Substituten, oder b) nicht. Im ersten Falle bekommt er das ganze Vermögen, die Bedingung mag erfüllt werden, oder nicht. Im letzten Fall hingegen bekommt er das Ganze nur in dem Fall, wenn die Bedingung erfüllt wird. Wird sie nicht erfüllt, so bekommt der Substitut oder Miterbe das Vermögen über den Pflichttheil. Ich halte aber mit *Struv.* Ex. 35. th. 47. in fin. et in evolut. controvers. ad h. th. dafür, daß in diesem Fall, wenn der suus unter einer Bedingung eingesetzt ist, ohne auf den entgegengesetzten Fall enterbt zu seyn, das Testament vermöge der 115. Novelle null ist; denn die bedingte Erbeinsetzung ist doch immer eine bedingte Enterbung, wenn man sie auch nicht für eine Präterition will gelten lassen, und keine Enterbung kann ohne Anführung einer gesetzlichen Ursache geschehen.

6) Wird ein andrer Notherbe, der nicht suus ist, bedingt eingesetzt, so gilt dasselbe, was ich (Num. 5.) von dem suo behauptet habe. Die Sache ist mit denselben Distinctionen zu entscheiden.

(9) Daß der Erbe die Erbschaft nicht erhält, wenn die casuelle Bedingung nicht erfüllt wird, ist ausgemacht. Was aber Rechtens ist, wenn eine potestative oder vermischte Bedingung vorgeschrieben ist, und der Erbe alles, was in seinen Kräften steht, gethan hat, die Bedingung zu erfüllen, und sie gleichwohl nicht erfüllen kann, ist schwerer zu sagen. Denn die Gesetzstellen, die von dieser Materie handeln, geben ganz entgegengesetzte Resultate. So sagt z. B. Africanus L. 31. de condit. et demonstr. wenn ich einem ein Legat verlasse unter der Bedingung, daß er die Seja heyrathe, und diese stirbt vor der Heyrath, so bekomme jener das Legat nicht. Hingegen Pomponius in der L. 54. §. 2. de legat. I. wenn ich einem etwas unter der Condition vermache, daß er einen gewissen Sklaven freylasse, so erhalte er das Vermächtniß, gesetzt auch, daß der Sklave vor der Freylassung sterbe. Ich halte dafür, daß auf den präsumtiven Willen des Testators zu sehen ist. Ist nach den Umständen anzunehmen, daß der Testirer mit dem guten Willen des Erben zufrieden gewesen ist (welches denn, wie Marcellus L. 23. de condit. instit. sagt), in den meisten Fällen (plerumque) anzunehmen stehet, so erhält er die Erbschaft. Wenn es z. B. hieße: A soll mein Erbe seyn, wenn er die Jungfer B. heyrathen wird, und man kann annehmen, daß der Erblasser dieser Jungfer einen Dienst thun wollte, so wird A. Erbe, wenn die B. seine Hand auch ausschlägt. Wäre hingegen die Absicht des Testirers gewesen, seiner Familie eine Stütze

durch die Heyrath zu verschaffen, so würde man ganz anders entscheiden müssen.

§. 492. Vom iure accrescendi.

Bey den Erbschaften kommt zuweilen ein Recht vor, welches *ius accrescendi* heißt. Wenn nemlich ein Miterbe, er sey nun Testaments- oder Instestat-Erbe, wegfällt, das ist, wenn er seine Erbportion nicht haben will, oder nicht haben kann, so fällt diese Portion auf die übrigen Miterben accrescit reliquis (*1). (Sind einige der Miterben besonders in einem Satze zu Erben ernannt worden, coheredes coniuncti, s. collegae — so schließt, wann einer von diesen abgeht, der mit ihm verbundene die übrigen — disiunctos — aus. (*) Z. B. A. soll mein Erbe seyn; auch ernenne ich B. und C. zu meinen Erben. Geht nun B. ab, so bekommt C. dessen vacanten Antheil.) Ich sage, wenn er seine Erbportion nicht haben kann. Dahin gehört, wenn er vor dem Erblasser, oder vor Erfüllung der Condition stirbt; wenn die Condition gar nicht erfüllt wird (§. 491. Num. 8. und 9.); wenn er nicht fähig ist, eine Erbschaft zu erwerben (§. 486. 487.). Dieses ius accrescendi ist zugleich mit einer Nothwendigkeit verbunden (*2). Der Testirer kann es nicht verbieten, er kann nicht verordnen, daß es nicht Statt haben solle (*3). Auch hängt es nicht von den Miterben ab, ob sie die Portion des weggefallenen Miterben haben wollen, oder nicht; sie müssen entweder diesen Theil annehmen, oder auf die ganze Erbschaft (und zwar ehe sie ihren Theil angetreten haben), Verzicht thun. Daher brauchen sie auch nicht einmal zu wissen, daß ihr Miterbe weggefallen, und ihnen sein Theil zugewachsen sey. Es accrescirt ihnen ohne ihr Wissen. Die Ursache ist, ein Erbe ist ein Successor in das ganze Vermögen des Verstorbenen. Es ist also gegen alle Begriffe, daß einen Theil der Verlassenschaft ich, und den andern Niemand erben soll. Wollte ein Testamentserbe den Theil seines Miterben nicht annehmen, so könnte dieses Erbtheil allenfalls den Intestaterben zufallen; auf diese Weise aber würde der Testator zum Theil testatus, und zum Theil intestatus sterben, welches nicht angehet (§. 440.) (*4).

(1) Eine ganz andere Bedeutung hat der Ausdruck *ius accrescendi* unten §. 526. Not. 2.

(*) L. un. §. 10. C. de caduc. tollend. L. 63. D. h. t. W.

(2) Nur 1) bey Erben aus einem militärischen Testament fällt das ius accrescendi weg, wenn man nicht zeigen kann, daß der Soldat gewollt habe, es solle Statt finden. L. 37. D. de testam. mil. 2) Wenn sich ein Minderjähriger gegen die Antretung der Erbschaft in integrum restituiren läßt, so ist sein Miterbe nicht genöthiget, die vacante Erbportion anzunehmen, sed bonorum possessio creditoribus datur, sagt Macer L. 61. de A. vel O. H.

(3) Wie aber, wenn er es dennoch verbietet? Man s. *Vinn.* ad §. 5. h. t. n. 5.

(4) Von den vielen Schriften über diese Materie will ich nur *Scip. Gentilis* tract. de iure accrescendi, Argentor. 1669. 8. *Duarenum* Lugd. 1656. 4. und in opp. pag. 1077. *Papillonium* in thesaur. *Otton.* Tom. 4. *Ramos del Manzano* in thesaur. *Meermann.* Tom. 7. *Ludwell* Altorf. 1680. 4. und *Bach* diss. in opusc. num. 8. anführen. Die Geschichte dieses Artikels ist kürzlich folgende: Vor August hatte das ius accrescendi sowohl bey Testaments- als Intestat-Erben Statt. Allein lex Iulia et Papia Poppaea verordnete: si heres pro parte, legatariusve, quibus pure vel in certum diem hereditas legatumve relictum erit, *post mortem testatoris ante apertas tabulas testamenti* decedet, vel pereger fiet (er verliert sein Bürgerrecht), ea hereditatis pars caduca sunto, populoque deferuntor. Ferner: si heres legatariusve *post mortem testatoris ante eventum conditionis* deficiat, hereditas legatumve caduca sunto, populoque deferuntor. Endlich: si quicunque hominum, heres legatariusve *vivo testatore post testamentum conditum decedat, conditione deficiat*, relictum in causa caduci esto, et populo quasi caducum defertor. Dieses letzte Capitel wurde schon durch das SC. Trebellianum, alle drey aber von Justinian in der L. un. c. de Caducis toll. (VI. 51.) aufgehoben, folglich das ius accrescendi, so wie es vor August war, wieder hergestellt. *Heinecc.* ad L. Iul. lib. 3. cap. 6. 7. *Meister* stud. iur. rom. chronolog. specim. 4. in opusc. Tom. 1. pag. 588. sqq. *Bach* diss. cit. §. 5.

§. 493. Benennung der Erbschaftstheile.

Die Römischen Testatoren pflegten ihre Verlassenschaft nach Zwölftheilen zu vertheilen. Nothwendig war dieß nicht; der Testirer konnte nach Fünfteln, Siebenteln u. s. w. theilen; z. E. sagen: A. soll mein Erbe seyn auf $\frac{4}{7}$, B. auf $\frac{3}{7}$, aber gewöhnlich war es, nach Zwölfteln zu rechnen. Die ganze Erbschaft hieß *as*. As heißt eigentlich ein Pfund; man brauchte aber dieß Wort auch, um jedes vollständige Ganze, insonderheit die ganze Erbmasse damit zu bezeichnen. Daher heißt der Universal-Erbe: *heres ex asse*, und weil das Pfund bey den Römern in 12 Theile abgetheilt wurde, so theilte man auch die Erbschaften auf dieselbe Weise. Jedes $\frac{1}{12}$ des Pfundes, und daher auch der Erbschaft, hieß *uncia*. Zwey Zwölftel heissen *sextans*; denn es ist der sechste Theil von Zwölfen. Drey Unzen ($\frac{3}{12}$) *quadrans*; es ist der vierte des Ganzen. Vier Unzen ($\frac{4}{12}$) heissen *triens*; weil sie den dritten Theil von Zwölf ausmachen. Fünf Unzen ($\frac{5}{12}$) heissen *quincunx* (von quinque unciae); Sechs Unzen ($\frac{6}{12}$) heissen *semis*, als die Hälfte von zwölf. Sieben Unzen ($\frac{7}{12}$) *septunx* (septem unciae). Acht Unzen ($\frac{8}{12}$) werden *bes* genannt, ein Wort, dessen Abstammung unbekannt ist (*¹). Neun Unzen ($\frac{9}{12}$) heissen *dodrans*; denn sie sind das Ganze, *demto uno quadrante*. Zehen Unzen ($\frac{10}{12}$) heissen *decunx* oder *dextans*; decunx von decem unciae, dextans von as demto sextante. Eilf Unzen endlich ($\frac{11}{12}$) heissen *deunx*, von de und uncia, eine Unze ist von den Zwölfen genommen.

Die Unzen wurden auch wieder eingetheilt. Eine halbe Unze hieß semun-

cia; anderthalb Unzen sescuncia; der vierte Theil einer Unze hieß sicilicum. Wenn eine Erbschaft nach Vier- und Zwanzigtheilen vertheilt wurde, so sagte man: es sey dupondium oder dupondius gemacht; und vertheilte man sie nach Sechsunddreyßigsteln, so hieß es tripondium (*2).

(1) *Brissonius* de verb. signif. voce *bes*.
(2) *Maiansius* de divisione hereditatis, in disput. iur. t. 2. n. 37.

§. 494. Wie muß die Erbschaft vertheilt werden?

Wenn eine Erbschaft unter die Testamentserben vertheilt werden soll, so muß man die Theilung so machen, daß alles aufgeht, und von dem Ganzen nichts übrig bleibt. Denn bliebe etwas übrig, das die Testamentserben nicht bekämen, so würde es auf die Intestaterben fallen. Der Testator würde also zum Theil testatus, und zum Theil intestatus sterben.

Daraus folgt denn (S. die 31. Tabelle) 1) daß, wie ich schon oben bemerkt habe, wenn ich nur Einen Erben einsetze, dieser die ganze Erbschaft bekommt, gesetzt auch, daß er nur auf einen Theil der Erbschaft, oder gar nur auf eine einzelne Sache eingesetzt wäre (*1). 2) Wenn mehrere Erben, und zwar ohne Bestimmung der Erbtheile, eingesetzt sind, so wird die Verlassenschaft in gleichen Theilen unter sie vertheilt. Dieß findet auch Statt, wenn der Testirer seine Intestaterben eingesetzt hätte, und diese in der Intestaterbfolge ungleiche Theile würden erhalten haben (*2). Man denke z. B. den Fall, daß der Testator einen Bruder, und zwey Kinder eines verstorbenen Bruders ohne Bestimmung der Erbtheile einsetzte. Ab intestato würde der Bruder die eine, und die Bruderskinder die andere Hälfte bekommen. Jetzt aber bekommen die Bruderskinder ⅔. Doch galt bey den Römern die Regel: plures personae in eadem propositione nominatae pro una habentur; oder welches einerley ist, man machte so viele Theile, als der Testator Sätze gemacht hatte. Hätte also der Testator gesagt: Caius heres esto. Titius et Mevius pariter heredes sunto. Denique et Tullius, Aulus ac Tryphoninus heredes sunto; so würden drey gleiche Erbtheile gemacht worden seyn, den ersten hätte Cajus allein bekommen; den zweyten hätte Titius und Mevius; den dritten Tullius, Aulus und Tryphoninus getheilt. Wenn heutigestages jemand sich in seinem Testament auf die oben beschriebene Art ausdrückte, z. E. sagte: „Mein Bruder ist zwar mein nächster Erbe, und ich setze ihn auch dazu „ein. Allein meine entferntere Verwandten A. und B., die mir viel Freundschaft erzeigt haben, auszuschließen, wäre unbillig. Ich setze sie also eben„falls ein;" so möchte man wohl die Römische Regel nicht anwenden können. Man würde vielmehr die Erbschaft in drey gleiche Theile theilen müssen (*3). 3) Sind mehrere eingesetzt, und zwar so, daß jedem eine gewisse Sache assignirt ist, z. E. A. B. C. sollen meine Erben seyn:

(4) Von den vielen Schriften über diese Materie will ich nur *Scip. Gentilis* tract. de iure accrescendi, Argentor. 1669. 8. *Duarenum* Lugd. 1656. 4. und in opp. pag. 1077. *Papillonium* in thesaur. *Otton.* Tom. 4. *Ramos del Manzano* in thesaur. *Meermann.* Tom. 7. *Ludwell* Altorf. 1680. 4. und *Bach* diss. in opusc. num. 8. anführen. Die Geschichte dieses Artikels ist kürzlich folgende: Vor August hatte das ius accrescendi sowohl bey Testaments- als Intestat-Erben Statt. Allein lex Iulia et Papia Poppaea verordnete: si heres pro parte, legatariusve, quibus pure vel in certum diem hereditas legatumve relictum erit, *post mortem testatoris ante apertas tabulas testamenti* decedet, vel peregrer fiet (er verliert sein Bürgerrecht), ea hereditatis pars caduca sunto, populoque deferuntor. Ferner: si heres legatariusve *post mortem testatoris ante eventum conditionis* deficiat, hereditas legatumve caduca sunto, populoque deferuntor. Endlich: si quicunque hominum, heres legatariusve *vivo testatore post testamentum conditum decedat, conditione deficiat,* relictum in causa caduci esto, et populo quasi caducum defertor. Dieses letzte Capitel wurde schon durch das SC. Trebellianum, alle drey aber von Justinian in der L. un. c. de Caducis toll. (VI. 51.) aufgehoben, folglich das ius accrescendi, so wie es vor August war, wieder hergestellt. *Heinecc.* ad L. Iul. lib. 3. cap. 6. 7. *Meister* stud. iur. rom. chronolog. specim. 4. in opusc. Tom. 1. pag. 588. sqq. *Bach* diss. cit. §. 5.

§. 493. Benennung der Erbschaftstheile.

Die Römischen Testatoren pflegten ihre Verlassenschaft nach Zwölftheilen zu vertheilen. Nothwendig war dieß nicht; der Testirer konnte nach Fünfteln, Siebenteln u. s. w. theilen; z. E. sagen: A. soll mein Erbe seyn auf ⅖, B. auf ⅗, aber gewöhnlich war es, nach Zwölfteln zu rechnen. Die ganze Erbschaft hieß *as.* As heißt eigentlich ein Pfund; man brauchte aber dieß Wort auch, um jedes vollständige Ganze, insonderheit die ganze Erbmasse damit zu bezeichnen. Daher heißt der Universal-Erbe: *heres ex asse*, und weil das Pfund bey den Römern in 12 Theile abgetheilt wurde, so theilte man auch die Erbschaften auf dieselbe Weise. Jedes $\frac{1}{12}$ des Pfundes, und daher auch der Erbschaft, hieß *uncia.* Zwey Zwölftel heissen *sextans;* denn es ist der sechste Theil von Zwölfen. Drey Unzen ($\frac{3}{12}$) *quadrans; es* ist der vierte des Ganzen. Vier Unzen ($\frac{4}{12}$) heissen *triens;* weil sie den dritten Theil von Zwölf ausmachen. Fünf Unzen ($\frac{5}{12}$) heissen *quincunx* (von quinque unciae); Sechs Unzen ($\frac{6}{12}$) heissen *semis*, als die Hälfte von zwölf. Sieben Unzen ($\frac{7}{12}$) *septunx* (septem unciae). Acht Unzen ($\frac{8}{12}$) werden *bes* genannt, ein Wort, dessen Abstammung unbekannt ist (*⁵). Neun Unzen ($\frac{9}{12}$) heissen *dodrans;* denn sie sind das Ganze, *demto uno quadrante.* Zehen Unzen ($\frac{10}{12}$) heissen *decunx* oder *dextans;* decunx von decem unciae, dextans von as demto sextante. Eilf Unzen endlich ($\frac{11}{12}$) heissen *deunx*, von de und uncia, eine Unze ist von den Zwölfen genommen.

Die Unzen wurden auch wieder eingetheilt. Eine halbe Unze hieß semun-

(heres in re certa institutus), die andern schlechtweg, oder mit Bestimmung der Erbtheile. Z. E. A. soll mein Erbe seyn auf mein Landgut. — B. und C. sollen meine Erben seyn. — Oder: A. soll mein Erbe seyn auf mein Landgut. — B. und C. sollen meine Erben seyn zu gleichen Theilen. — b) Einer ist schlechtweg (sine parte) eingesetzt, den andern sind ihre Portionen bestimmt. Z. E. A. soll mein Erbe seyn. — B. soll mich erben auf $\frac{6}{12}$. — C. aber soll Erbe seyn auf $\frac{4}{12}$. — Im Fall a) ist der auf eine gewisse Sache eingesetzte Erbe A. in Ansehung der übrigen ein blosser Legatar (L. 13. C. h. t.); er bekommt die ihm assignirte Sache und weiter nichts, bezahlt auch keine Schulden. Wenn aber die übrigen wegfallen, das heißt, nicht Erben seyn wollen, oder nicht seyn können: so ist A. ein wahrer Erbe, und bekommt durch das ius accrescendi die ganze Erbschaft (*4).

Wir gehen zum Fall b). Hier distinguire man weiter. Wenn aa) die Portionen, welche bey einigen Erben bestimmt sind, die ganze Masse nicht erschöpfen. Z. E. A. soll mein Erbe seyn, B. soll mein Erbe seyn auf $\frac{6}{12}$. — C. soll mein Erbe seyn auf $\frac{4}{12}$. — so bekommt A. den Ueberrest, nemlich $\frac{2}{12}$. Ist mehr als Einer schlechthin (sine parte) eingesetzt, so bekommen diese Mehrere den Rest. Nec interest, primus, an medius, an novissimus sine parte heres scriptus sit (sagt Justinian §. 6.) h. t. ea enim pars data intelligitur, quae vacat. Es ist gleichviel, ob A. vorn, oder in der Mitte, oder am Ende genannt ist. Wenn bb) die Portionen der Masse gleich sind; z. E. A. soll mein Erbe seyn auf 8 Unzen ($\frac{8}{12}$). — B. soll mich erben auf 4 Unzen ($\frac{4}{12}$). — Auch C. soll mein Erbe seyn; — so sagen die Römischen Gesetze, man muß annehmen, der Testator habe ein dupondium (§. 488.) machen, seine Erbschaft nicht in 12, sondern in 24 Theile eintheilen wollen; habe unter dem Wort uncia $\frac{1}{24}$ verstanden (*5). Man gebe also dem A. $\frac{8}{24}$, dem B. $\frac{4}{24}$, den Rest theile man dem C. zu (*6). Doch ein anderes ist Rechtens, wenn es hieße: A. soll mein Erbe seyn auf $\frac{8}{12}$, — B. auf $\frac{4}{12}$, — auch C. soll auf den Ueberrest mein Erbe seyn. — Denn nun bekommt C. nichts. Endlich cc) wenn die Portionen die Masse übersteigen; z. E. A. soll mein Erbe seyn auf $\frac{8}{12}$, — B. soll erben auf $\frac{6}{12}$, C. soll mich ebenfalls erben, oder C. soll den Ueberrest erben; — so wird abermals ein dupondium gemacht, A. bekommt nur $\frac{8}{24}$, B. nur $\frac{6}{24}$, C. den Ueberrest, die $\frac{10}{24}$. Quod dupondio deest, habebit, sagt Justinian §. 8. h. t. (*7).

(1) Im §. 5. h. t. heißt es: si unum tantum quis ex semisse verbi gratia heredem scripserit, *totus as in semisse* erit, er bekommt die ganze Erbschaft. *Scip. Gentilis* tr. de error. testamentor. cap. 10. wo de institutione facta in *re certa* vel ex parte certa gehandelt wird. Daß jene Regel des Römischen Rechts auch in Deutschland gelte, bezeugen *Leyser* sp. 361. med. 5. *Reinharth* ad Chri-

stin. IV. 18. — Man vergleiche jedoch mit der angeführten Stelle L. 74. D. h. t. und L. 86. pr. D. de legat. 2. Westphal von Testamenten §. 252. W.

(2) *Vinn.* ad §. 6. h. t. n. 1. Indessen schränken die Rechtsgelehrten doch diese Regel auf den Fall ein, wenn der Testirer seine Intestaterben nicht *collective*, sondern jeden besonders eingesetzt hat. *Lauterbach* coll. lib. 28. tit. 2. §. 14.

(3) Wofern nicht aus andern Umständen das Gegentheil zu schließen ist. *Reinharth* ad *Christin.* IV. 19.

(4) *Galvanus* de usufr. cap. 13. n. VI. *Leyser* sp. 361. m. 9. Indessen behaupten viele Juristen, daß dieses ius accrescendi nur alsdann Statt fände, wenn die Miterben noch bey Lebzeiten des Testators wegfallen. S. *Vinn.* ad §. 8. h. t. n. 1. in fine. — Gegen die gewöhnliche Vorstellung, daß heres in re certa institutus als Legatar zu behandeln sey, hat aber Hennemann in der Untersuchung zweyer Rechtsfrag. Schwerin 1790. überhaupt noch verschiedene Zweifel vorgetragen, 1) nach der Rechtsanalogie sey dazu kein Grund vorhanden. 2) L. 9. C. Gregor. fam. ercisc. gestatte ihm gegen die übrigen Erben iudicium familiae erciscundae. 3) Nach der Nov. 115. c. 3. gelte er neben den übrigen als Erbe. 4) Die Worte: quos legatariorum loco haberi certum est, in L. 13. C. h. t. giengen nicht auf heredes ex certa re scriptos, sondern auf diejenigen, von denen es in den nächst vorhergehenden Worten heiße: vel certis rebus *pro sua institutione* contenti esse iussi sunt. Mit dem angeführten *Vinnius* ist zu vergleichen *Anton. Faber* Error. pragmat. XV. 10. W.

(5) Diese Erklärung ist freylich etwas gewaltsam. Allein wie ist anders aus der Sache zu kommen? C. soll doch nach dem Willen des Erblassers etwas haben, und dieser Wille soll aufrecht erhalten werden. Die Römischen Juristen haben überhaupt den Grundsatz: wenn man nicht so theilen kann, wie nach den Worten des Testaments getheilt werden soll, so muß man eine andere Theilung machen, welche der wahrscheinlichen Absicht des Testators gemäß ist. Hieher gehört der besondere Fall in der L. 13. pr. de lib. et post.

(6) Dieß drückt Ulpian L. 17. §. 3. h. t. so aus: si asse expleto alium sine parte heredem scripserit, in *alium assem veniet*. Es wird noch ein as gemacht, und von diesem bekommt der institutus sine parte seinen Theil; — oder eigentlich bekommen hier diejenigen, deren ausgedruckte Theile das Ganze erschöpfen, die Hälfte des Nachlasses, welche sie nunmehr als ihren assem nach bestimmten Uncien unter sich vertheilen. Die andere Hälfte der Erbschaft, jezt alterum assem, erhalten diejenigen, qui sine partibus scripti sunt. §. 6. I. und L. 20. §. 1. D. h. t. Sollten aber jene ausgedruckten Theile über das Ganze hinaus gehen: so wird eigentlich dupondium gemacht, wie der §. bey 66. weiter darstellt W.

(7) Hier also ist es einerley, ob C. schlechtweg, oder auf den Ueberrest eingesetzt ist. Denn wenn auch C. nicht eingesetzt wäre, so müßte doch ein dupondium angenommen werden. Ohne dieß kann man dem A. keine 8, und dem B. keine 6 Theile geben. Sobald aber ein dupondium gemacht, dem A. $\frac{8}{24}$ und dem B. $\frac{6}{24}$ zugetheilt werden, so bleibt für den C. ein Rest. Allein wenn man auch mit einem dupondio nicht auslangte. Z. E. es hieße: A. soll mein Erbe seyn auf 11 Unzen, — B. auf 9 Unzen, — C. auf 4 Unzen, — D. soll Erbe seyn. — Hier machen 11 und 9 und 4 Unzen das ganze dupondium aus. Oder wenn es hieße: A. soll Erbe seyn auf 12 Unzen, — B. auf 9 Unzen, — C. auf 5

Unzen, — D. soll Erbe seyn. — Jetzt machen die Unzen gar mehr als das dupondium. In beyden Fällen muß man zum tripondio übergehen. Man giebt dem A. nur 12/18 dem B. nur 7/18 rc. Den Rest bekommt D. Er erhält also im ersten Fall (wo das dupondium gerade erschöpft ist) 1/3 der ganzen Erbschaft. Non in alium assem, er bekommt nicht die Hälfte, sed in trientem venit, sagt Ulpian L. 17. §. 5. h. t. Nemlich

A. bekommt 12/18
B. bekommt 7/18
C. — — 5/18

Summa 24/18.

Folglich bleiben für den D. 12/36 oder 1/3 übrig. — Zur Erklärung der einzelnen Gesetze von iure accrescendi ist E. C. Westphal vom Vorlegung und Eröffn. der Testam. rc. Leipzig 1790. nachzusehen W.

TIT. XV.

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

§. 495. Verschiedene Arten der Erbeseinsetzung.

Ein Testator kann Eine Person zum Erben einsetzen, er kann aber auch mehrere dazu ernennen. Wenn er mehrere dazu ernennt, so sind zwey Fälle möglich: entweder a) er setzt sie alle zugleich, auf einmal zu Erben ein (488.), oder b) er setzt den zweyten auf den Fall ein, wenn der erste wegfällt. Im letzten Fall sagt man, ist eine *substitutio*, und zwar *directa*, eine *substitutio* im eigentlichen Verstande, eine Aftereinsetzung geschehen; der zweyte Erbe, oder Aftererbe ist dem ersten substituirt (*). Sind aber die mehreren Erben auf Einmal eingesetzt, so sind sie entweder alle *directe* eingesetzt, oder einer *directe*, der andere *fideicommissarie*. Sie sind directe eingesetzt, wenn sie alle unmittelbar aus den Händen des Testators die Erbschaft erhalten sollen; z. E. es heißt A. B. und C. sollen meine Erben seyn. Und diese Erben heißen Miterben (coheredes) (*1). Hingegen einer ist directe, der andere fideicommissarie eingesetzt, wenn der Testator verordnet, daß einer die Erbschaft antreten, sie aber dem andern wieder herausgeben soll. Z. E. er sagt: A. soll mein Erbe seyn, und lebenslang die Erbschaft genießen, nach seinem Tode aber soll sie an den B. abgetreten werden, nach dessen Absterben soll sie C. bekommen u. s. w. Diese Art der Erbeseinsetzung wird zuweilen (*2) auch eine Substitution genannt, nemlich *fideicommissaria*. Allein in eigentlichem und strengem Verstande ist sie keine Substitution (*3). (Man sehe die 33. Tabelle.)

(*) Zur nähern Erklärung der einzelnen Gesetze in dieser subtilen Rechtslehre dient Westphal von Testamenten §. 611. rc. W.

(1) Auch *adiecti*, L. 7. D. h. t. L. 78. in fin. L. 85. D. de hered. instit. Was ist

ist aber Rechtens, wenn der Testirer mehrere Personen alternativisch eingesetzt hätte, z. B. es hieße: Titius aut Caius heredes sunto. Nach einer Entscheidung Justinians, L. 4. C. de verb. signif. (VI. 38). soll man hier *aut* für *et* nehmen, Titius und Cajus sollen sich also in die Erbschaft theilen. Daß aber diese Verordnung ganz allgemein zu verstehen und bey allen alternativischen Erbeinsetzungen anzuwenden sey, läßt sich nicht behaupten. Man denke sich z. B. den Fall, es hieße im Testament: ich setze meinen **Bruder oder dessen Kinder zu Erben ein.** Hier will der Testirer offenbar sagen: ich setze meinen Bruder ein, und wenn er mein Erbe nicht wird, etwa schon todt ist, oder vor mir stirbt, so setze ich seine Kinder ein. *Wahl* diss. de iusta liberos heredes instituendi forma §. 21.

(2) Z. E. in der L. 67. §. fin. D. ad. SC. Trebell.

(3) *Hunn.* resolut. lib. 2. tract. 6. qu. 3. pag. 451. *Vinn.* ad pr. I. h. t. n. 2. Zuweilen ist es zweifelhaft, ob der Testirer eine eigentliche oder eine fideicommissarische Substitution habe machen wollen. So war es z. E. in dem Falle, den *Ludolf.* Part. 2. obs. 132. anführt, wo es hieß: ich setze *Titium*, **und nach seinem tödtlichen Hintritt seine eheleiblichen Kinder zu meinen Universalerben ein.** Nahm man dieses als eine directe Substitution an (Titius soll mein Erbe seyn, wird er aber mein Erbe nicht werden, so sollen es seine Kinder seyn), so war die Substitution erloschen, sobald Titius die Erbschaft antrat (§. 502.). War es hingegen die Absicht des Testators fideicommissarisch zu substituiren (Titius soll mein Erbe seyn, nach seinem Tode aber soll die Erbschaft auf seine Kinder fallen), so hatten des Titius Kinder ein ausschließliches Recht auf die Erbschaft. Man s. *Io. Tob. Carrach* diss. de substitutionis directae argumento in formula dubia, Hal. 1731. *C. F. Hommel* Rhapsod. Quaest. observ. 611. Es giebt auch Fälle, wo es zweifelhaft ist, ob einer Miterbe oder Fideicommißerbe seyn soll; z. E. wenn es hieße: ich setze meiner Schwester Sohn **und dessen Kinder zu Erben ein.** *G. L. Boehmer* diss. de liberis fideicommisso oneratis §. 4. in Elect. iur civ. Tom. 1. pag. 170.

§. 496. Was ist die Substitution?

Die Substitution im eigentlichen Verstande ist also die Einsetzung eines zweyten Erben, auf den Fall, wenn der erste wegfallen wird; eines dritten auf den Fall, wenn der zweyte wegfällt; eines vierten auf den Fall, daß der dritte wegfällt u. s. w. (*1). Sie setzt daher nothwendig wenigstens zwey Erben voraus, einen zweyten, der nach dem ersten eingesetzt ist; oder, wie man es auch sonst ausdruckt, wer substituirt, der macht Grade in der Erbeseinsetzung (*2).

(1) Die Einwürfe gegen diese Definition widerlegt *Hunn.* in resolut. pag. 449. qu 2 — Der Erbe kann wegfallen 1) wenn die dazu bestimmte Person gar nicht Erbe wird. 2) Wenn sie es geworden ist, und darauf mit Tode abgeht. Auch auf diesen Fall finden besonders wichtige Arten der Substitution Statt, wie §. 498. näher zeigt. W.

(2) Secundum heredem scribere, heißt also nichts anders, als substituiren, und ein Substitut heres secundus, L. 8. C. de impub. et al. substit. (VI. 26.) tertius, quartus etc. oder auch heres gradu secundo, tertio etc. In der L. 53.

de hered. instit. sagt Marcellus: in obscuro esse, Cornelium et Sallustium et Varronem primo, an secundo vel tertio gradu heredes instituere voluerit, es ist zweifelhaft, ob der Testator sie als Miterben eingesetzt, oder ob er sie substituirt habe. — Vergl. L. 1. pr. D. de vulg. et pupill. substitut. *Paull.* recept. sentent. III. 4. B. *Ulpian.* Fragm. XXII. 33. Westphal c. l. §. 612. W.

§. 497. Gattungen derselben.

Bey der Substitution nimmt man entweder Rücksicht auf die Person, welche substituirt; oder man denkt sich den Fall, auf welchen substituirt wird. In Rücksicht auf die Person des Testators ist die Substitution entweder eine militärische, oder nicht militärische. Von der militärischen handelt §. 512., von der nicht militärischen handeln die §§. 499:511. In Absicht des Substitutionsfalles aber ist die Substitution dreyerley, entweder die gemeine, oder die pupillarische, oder die quasipupillarische (*1).

(1) *Arn. Rotgersii* diatr. ad L. 8. C. de impub. et al. substit. s. de quatuor speciebus substitutionum, in apodicticis demonstrat. ad illustr. ius rom. lib. 2. pag. 708. sqq.

§. 498. Fortsetzung.

Die gemeine (substitutio vulgaris) geschieht auf den Fall, wenn der erste Erbe gar nicht Erbe wird, weil er entweder nicht Erbe werden kann, oder die Erbschaft ausschlägt (*1). Es kann nemlich geschehen, daß der, den ich zum Erben ernenne, noch vor mir stirbt, oder unfähig wird, Erbschaften zu erwerben. Dieser Fall konnte sich freylich bey den Römern häufiger ereignen, als bey uns, indem der Erbe durch die capitis deminutionem maximam und mediam unfähig werden konnte. Wenn ich also einen Erben allein einsetze, so wage ich, daß mein Testament nicht bey Kräften bleibt, sondern unwirksam (destitutum) wird. Um diesen Fall zu verhüten, kann ich sagen: A. soll mein Erbe seyn; gesezt aber, daß er mein Erbe nicht werden könnte, so soll es B. seyn. Oder ich fürchte, der eingesezte Erbe wird sich weigern, meine Erbschaft anzutreten, weil sie ihm etwa zu unbeträchtlich ist, oder weil er sie meinen Intestaterben nicht entziehen will, u. d. gl. Auch in diesem Falle kann ich mir durch eine Substitution helfen, und sagen: A. soll mein Erbe seyn: im Fall er aber Bedenken trägt, es zu werden, seze ich den B. ein. Um die Gültigkeit des Testaments noch mehr zu sichern, machte man mehr als Eine Substitution. A. soll mein Erbe seyn; wenn es dieser nicht seyn wird, soll es B. seyn; wenn auch dieser es nicht wird, soll C. es werden ꝛc. Um alles zu erschöpfen, sezte man zulezt (novissimo loco in subsidium pr. I. h. t.) einen seiner Sklaven ein; denn dieser mußte die Erbschaft annehmen.

Die pupillarische Substitution geschieht auf den Fall, wenn mein unmündiges Kind in der Unmündigkeit sterben wird. Ich hinterlasse ein

unmündiges Kind; fürchte, es möchte sterben, ehe es mündig wird, folglich eher, als es ein Testament machen kann; mein oder sein Vermögen werde also an die Intestaterben kommen, denen ich es nicht gönne. In diesem Falle kann ich dem Kinde pupillarisch substituiren (*tabulas secundas facere*, (*2) das heißt, verordnen, wer dessen Erbe seyn soll, wenn es in der Unmündigkeit sterben wird. Bey den Römern hatte ein Vater noch einen andern und dringendern Bewegungsgrund zu dieser Substitution. Wer ein unmündiges Kind hinterließ, müßte wohl zuweilen befürchten, daß die Intestaterben des Kindes diesem nach dem Leben stehen würden. Er substituirte ihm also, damit niemand wußte, wer des Kindes Erbe seyn werde. Eben daher versiegelte er auch, wenn er recht vorsichtig war, den Theil des Testaments, welcher die Pupillarsubstitution enthielt, besonders, und verordnete, daß dieser Theil nur alsdann eröffnet werden solle, wenn sein Kind unmündig sterben werde (*3).

Endlich die quasipupillarische Substitution setzt zum voraus, daß jemand blödsinnige Kinder hat. Er fürchtet, sie möchten in der Blödsinnigkeit sterben, und daher ausser Stand seyn, ein Testament zu machen. Damit das Vermögen nicht auf Verwandte falle, welchen er es nicht zugewendet wissen will, oder damit die Intestaterben dem blödsinnigen Kinde nicht nach dem Leben stehen mögen, macht er eine Verordnung: mein blödsinniges Kind soll mein Erbe seyn; wird es in dem Zustand der Blödsinnigkeit versterben: so soll A. dessen Erbe seyn. Und dieses ist die quasipupillarische oder Justinianeische Substitution (*4).

(1) Sie heißt *vulgaris*, quia vulgo et promiscue omnibus heredibus a quovis testatore fieri potest.

(2) L. 41. §. 7. D. h. t.

(3) §. 3. I. de pup. substit. — *Caius* Institut. N. 4. 2.

(4) Noch habe ich anzumerken: 1) die gemeine Substitution gründet sich in dem Zwölftafelgesetz: uti paterfam. legassit etc. §. 438. die pupillarische ist durch Gewohnheitsrecht (moribus) eingeführt worden. Pr. I. h. t. L. 2. pr. L. 10. §. 5. D. h. t. wiewohl *Heinecc.* ad *Vinn.* p. 371. die letztere auch aus den Zwölftafelgesetzen herleiten will. 2) Die vulgaris substitutio wird in der famosen L. precibus 8. C. de impub. et al. substit. (VI. 26.) omnium totius Codicis legum celeberrima, wie Siphanius sagt, *substitutio in casum primum*, die pupillaris hingegen *in casum secundum* genannt. 3) Die Gesetze begünstigen die Substitutionen sehr, und folgen dabey der vermuthlichen Absicht des Testators, ohne den Richter an den Ausdruck des Testaments zu binden. Die als vulgaris ausgedruckte begreift daher die pupillarem, und umgekehrt die pupillaris die vulgarem in sich; das heißt a) wenn ich gesagt hätte:

Mein Kind soll mein Erbe seyn. Sollte es aber nicht mein Erbe werden, so soll A. meine Erbschaft haben, } substitutio vulgaris.

und das Kind würde mein Erbe, stürbe aber unmündig: so kömmt der Substitut zur Erbschaft. Man sieht die im Testament enthaltene Substitution als eine

pupillarische an, ob sie gleich eine vulgaris ist. Man nimmt an, der Vater habe gesagt: mein Kind soll mein Erbe seyn, und wenn es unmündig stirbt, soll ihm A. substituirt seyn. Nur muß sonst nichts im Wege stehen, das die Disposition auf diese Art zu erklären hindert. L. 4. C. h. t. (VI. 26). Im umgekehrten Fall b) hätte ich gesagt:

Mein Kind soll mein Erbe seyn. Stirbt es vor erlangter Mündigkeit, so soll ihm A. substituirt seyn, } substitutio pupillaris.

und das Kind würde gar nicht mein Erbe, weil es z. E. vor mir stürbe: so würde auch jetzt A. die Erbschaft bekommen. Man würde die im Testament enthaltene pupillarische Substitution für eine gemeine annehmen; es so ansehen, als ob der Vater den A. auf den Fall eingesetzt hätte, wenn das Kind gar nicht Erbe werden würde. Diese letzte Regel ist zwar nicht unbestritten, aber doch nach meiner Ueberzeugung wahr. Modestinus sagt: (L. 4. pr. D. h. t.) cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligitur. Man s. *Bachov.* ad *Treutler.* vol. 2. disp. 11. th. 8. lit. F. *Huun.* resolut. p. 457. *Vinn.* ad pr. I. de pup. substit. n. 5. sqq. Et in quaest. sel. lib. 2. cap. 24. *Franzk.* Ex. 6. qu. 6. *Cocceii* iur. controv. lib 28. tit. 6. qu. 10. *Finestres* tr. de V. et P. S. pag. 248. sqq. *Dider. Schade* diss ad. L 4 de vulg. et pup. substit. §. 5. in *Oelrichs* thes. novo diss. Belgicar. Vol. 2. Part. 2. num. 8. Rathsamer ist es übrigens, daß ein Vater der vulgariter und pupillariter substituiren will, beyde Arten von Substitutionen förmlich ausdruckt. Diese Substitution heißt alsdann *duplex*. L. 1. §. 1. D. h. t. Noch zweifelhafter ist es, ob in dem Fall, wenn ich meinem *postumo* pupillarisch substituire, und dieser gar nicht zur Welt kommt, der Substitut zur Erbschaft gelassen werde? Die gemeine Meynung ist die bejahende. *Leyser* sp. 362. med. 6. Allein *Püttmann* in probabil. lib. 2. pag. 105. macht doch nicht unerhebliche Zweifel dagegen. Zu Cicero's Zeiten wurde ein berühmter Proceß über diese Frage geführt, das *iudicium Curianum*, welches Püttmann am a. O. S. 90. u. f. f. ausführlich beschreibt.

§. 499. Wer kann vulgariter substituiren?

Die gemeine Substitution also geschieht auf den Fall, wenn der eingesetzte erste Erbe gar nicht Erbe werden sollte. Jeder Testator kann jedem Erben auf diese Weise substituiren. Bey der pupillarischen ist dieß anders; nicht jeder Testator kann sie vornehmen, nur der Vater kann seinem unmündigen Kinde pupillarisch substituiren. Auch die quasipupillarische kann nicht jeder Erblasser vornehmen. Die Eltern allein können den blödsinnigen Kindern auf diese Weise substituiren.

§. 500. Doppelter Fall dieser Substitution.

Der Fall der gemeinen Substitution: wenn der eingesetzte Erbe nicht Erbe wird, faßt wieder zwey besondere Fälle in sich, a) wenn er nicht Erbe seyn will, die Erbschaft ausschlägt; b) wenn er nicht Erbe seyn kann (*[1]).

Den ersten Fall heißt man *casum noluntatis* (oder wie Andere sagen, *voluntatis*), den letzten *casum impotentiae* (nach Andern *potentiae*). Wer sich also kurz und doch richtig ausdrücken will, muß sagen: A. soll mein Erbe seyn;

wird er aber nicht Erbe werden, so soll es B. seyn. Gesetzt aber, der Testirer substituirt nur auf den casum noluntatis, oder nur auf den casum impotentiae. Jetzt gilt die Regel: der Fall des Nichtwollens begreift den Fall des Nichtkönnens in sich, und umgekehrt (casus noluntatis sub se complectitur casum impotentiae et casus impotentiae complectitur casum noluntatis). Man denke also den Fall, der Testirer hat gesagt: A. soll mein Erbe seyn. Will er meine Erbschaft nicht antreten, so soll sie B. haben. Nun stirbt aber A. noch vor dem Testator, er kann also dessen Erbe nicht seyn. Bekommt der Substitut B. die Erbschaft? Allerdings. Denn obgleich nur der Fall des Nichtwollens ausgedruckt ist, so ist doch der Fall des Nichtkönnens stillschweigend darunter begriffen. Ein gleiches hat Statt, wenn der Testator nur den Fall des Nichtkönnens ausdruckt, und der Erbe die Erbschaft wohl antreten könnte, aber nicht will. Denn auch in diesem Falle wird der Substitut dazu gelassen (1 2).

(1) *Reinkarth* ad *Christin*. vol. 4. obs 25.

(2) Die Regel: der Fall des Nichtwollens ist unter dem Fall des Nichtkönnens begriffen, und umgekehrt, ist zwar nicht außer Zweifel; *Bachov* ad *Treutler*. vol. 2. disp. 11. th. 6. lit. A. *Fachineus* in controvers. lib. 4. cap. 61. *Vinn* ad. pr. I. h. t. n. 3. und Andere verwerfen sie. Es ist auch freylich wahr, daß man kein ausdrückliches Gesetz dafür anführen kann. Allein es ist doch dem vermuthlichen Willen des Testators gemäß, daß man seine Worte ausdehnend erkläre. Auch sahen wir vorhin (§. 498.), daß die gemeine Substitution die pupillarem, und umgekehrt, die pupillarische die vulgarem stillschweigend in sich fasse. Daraus läßt sich der analogische Schluß machen, daß auch casus voluntatis und casus impotentiae einander stillschweigend umfassen. Wenigstens ist unsere Meynung in der Praxis angenommen. Man sehe *Fusar*. in tract. de substit. part. 1. quaest. 30. *Struv* ex 33. th. 13. *Hahn* ad *Wesenbec*. tit. de vulg. et pup. substit. n. 4. *Voet*. eod. tit. n. 12. *Berger* resolut. eod. tit. quaest. 1. *Cocceii* iur. contr. eod. tit. quaest. 5. *Stryk* de caut. et test. cap. 18. §. 9. *Walch* controv. p. 176. *Pufendorf* tom. 2. obs. 98

§. 501. Wer kann substituirt werden?

Die Substitution ist die Einsetzung eines zweyten Erben; also eine Erbeseinsetzung. Daraus folgt: 1) wer zum ersten Erben eingesetzt werden kann, kann auch substituirt werden; und die Personen, die man als erste Erben nicht einsetzen kann (§. 486. und 487.), darf man auch nicht substituiren. 2) Mehrere können an die Stelle eines einzigen substituirt werden; z. E. „A. soll mein Erbe seyn. Will oder kann er es aber nicht werden, so sollen es B. und C. seyn." Aber auch Einer an die Stelle von mehreren; z. E. „A. und B. sollen mich erben. Wenn aber keiner von ihnen mich erben kann oder will: so soll C. substituirt seyn;" und mehrere einzelne an die Stelle von mehreren einzelnen (singuli in locum singulorum); z. E.

A. und B. sollen meine Erben seyn.

Sollte aber einer oder der andere meine Erben nicht werden: so substituire ich dem A. den C. und dem B. den D.

3) Auch die Miterben können einander wechselsweise substituirt werden, z. E. „A. B. C. sollen meine Erben seyn. Sollte einer oder der andere meine Erbschaft nicht annehmen wollen, oder nicht können: so sollen ihm die übrigen substituirt seyn." Dieß heißt substitutio reciproca oder mutua. Einige nennen sie auch, aber nicht sehr schicklich, breviloquam, weil sie kurz (brevi locutione) also ausgedruckt werden kann: „A. B. C. sollen meine Erben seyn. Und ich substituire sie einander (*1)." Sie ist aber keine eigene und besondere vierte Gattung von Substitution, wie Einige glauben; sondern eine gemeine (substitutio vulgaris), und zwar eine Untergattung derselben, eine doppelte, dreyfache, vierfache ꝛc. substitutio vulgaris (*2); der Testirer hat ja in dem gegebenen Beyspiel nichts anders sagen wollen, als:

Erste Substitution.	Wenn A. mein Erbe nicht werden will, oder nicht kann: so sollen B. und C. dessen Portion haben;
Zweyte —	Wenn B. nicht Erbe seyn will oder kann, sollen A. und C. sein Erbtheil bekommen;
Dritte —	Wenn C. [illegible] Erbe nicht wird, soll sein Theil auf A. und B. fallen.

(1) Der Name ist aus de[illegible]le hered. inst. genommen, wo Julian sagt: baec verba: *Publius* [illegible]*us*, *Caius invicem substituti*, *heredes mihi sunto*, sic interpretanda sun[illegible]u. *breviter* videretur testator tres instituisse heredes, et invicem eos substituisse. — Diese Substitution der Miterben ist auch vermöge des ohnehin Statt findenden iuris accrescendi nicht überflüssig, sondern unterscheidet sich davon in mancher Rücksicht; 1) in Ansehung der Personen. Der Testator kann Miterben substituiren, denen iure accrescendi ein anderer noch vorgehen würde (492). 2) in Ansehung der Erwerbung; a) den ledigen Antheil erhält man durch das ius accrescendi ipso iure; durch die Substitution aber erst nach besonderer Antretung, welches bey der transmissio hereditatis von Wichtigkeit ist (546.) b) der Substitut kann als solcher den Erbtheil ausschlagen, das ius accrescendi darf der Miterbe nicht ablehnen. 3) in Beziehung auf die Vermächtnisse wegen d[illegible]idischen Viertheils (§. 594.) s. L. 78. D. ad L. Falcid. vergl. mit L. 1. §[illegible] §. 4. et ult. D. ibid. *Voet* comment. ad Dig. XXV. 2. 20. et 22. [illegible]l von Vermächtnissen und Fideicomm. II. 1151. etc. *Bechtold de E*[illegible] Diss. de rat. falcid. in singul. hered. etc. Goet. 1754. §. 25. 26. 40. etc. [illegible]. *Cleemann* diss. de reciproca cohaered. substitutione. Lips 1770. vergl. S[illegible]ott unparth. Critik. III. 169. W.

(2) *Giphanii* Explanatio difficilior. LL. Cod. tit. de impub. et al. substit, pag. 57.

§. 502. Wie viel bekommt der Substitut? Er muß den Fall der Substitution erleben.

Der zweyte Erbe wird an die Stelle des ersten substituirt. Daraus folgt 4) daß der zweyte denselben Erbtheil bekommt, den der erste würde erhalten haben; wofern nemlich der Testator nicht ein anders verordnet. Z. E. es heißt:

„A. und B. sollen meine Erben seyn. A. auf zwey Drittheil, B. auf ein Drittheil. Dem A. substituire ich den C. Dem B. aber den D." Wenn in diesem Falle A. nicht Erbe wird, so fallen dessen ⅔ auf den C., und wenn B. wegfällt, so kommt sein ⅓ auf den D. Bey der wechselseitigen Substitution der Miterben bekommt jeder von einem vacanten Erbtheil eben so viel, als er von der ganzen Masse haben sollte. Man nehme also an, es heiße:

A. B. und C. sollen meine Erben seyn,
A. auf $\frac{1}{12}$, B. auf $\frac{8}{12}$ und C. auf $\frac{3}{12}$, und ich substituire sie einander.

n könnte oder wollte A. nicht erben. In diesem Falle bekommt B. von dem anten Erbtheil 8, und C. 3 Theile; denn B. ist auf 8, und C. auf 3 Theile gesetzt (*1). 5) Der Substitut muß den Fall erleben, auf den er substituirt. Wenn er also stirbt, während der Zeit, als der erste Erbe deliberirt, ob er chaft antreten soll: so ist die Substitution erloschen. Z. E. es heißt in em Testament: A. soll mein Universalerbe seyn; gesetzt aber, er will oder kann es nicht werden, so soll mich B. erben. A. ist zweifelhaft, ob er die Erbschaft annehmen soll oder nicht. Er bittet also um Deliberationsfrist. Während derselben stirbt der Substitut. Nach seinem Tode schlägt A. die Erbschaft aus. Können jetzt die Erben des Substituten Anspruch daran machen? Nein, denn ihr Erblasser hat den Fall, auf den er substituirt war (wenn A. nicht Erbe seyn will), nicht erlebt. 6) Die Substitution erlischt aber auch, sobald der erste Erbe die Erbschaft antritt. Denn nun ist der Fall der Substitution nicht vorhanden. Der Substitut soll nur alsdann zur Erbschaft gelangen, wenn der erste Erbe nicht Erbe werden wird. Dieser ist aber nun Erbe geworden; folglich hat die Substitution keine Wirkung (*2).

(1) L. 24. D. h. t. L. 1. C. eod. (VI. 26.) §. 2 I. h. t. Doch setzt Ulpian L. 24. alleg. hinzu: nisi alia mens fuerit testatoris. Man s. von dieser Ausnahme *Vinn.* ad §. 2. h. t. n. 2.

(2) Wie aber, wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht antritt, indessen dieselbe auch ohne Antretung transmittiret; wird alsdann der Substitut vorgezogen, oder der, auf welchen die Erbschaft transmittirt worden ist? S. *Vinn.* ad §. 4 h. t. n. 2.

§. 503. Von der Regel: substitutus substituto substitutus est instituto.

Die Substitutionen sind zu dem Ende erfunden, daß die Testamente nicht aus Mangel eines Erben zu Grunde gehen sollen. Daraus schließt denn Heineccius den Satz: wer dem Substituten substituirt ist, der ist auch dem Instituten (dem ersten Erben) substituirt. Die Schlußfolge ist nun zwar nicht sehr bündig, aber der Satz selbst ist richtig. Z. E. es heißt: „A. soll mein Erbe seyn. Wenn er nicht Erbe seyn kann oder will, soll es B. seyn. Und wenn es B. auch nicht seyn will, oder nicht seyn kann, so soll es C. seyn." A. ist

3) Auch die Miterben können einander wechselsweise substituirt werden, z. E. „A. B. C. sollen meine Erben seyn. Sollte einer oder der andere meine Erbschaft nicht annehmen wollen, oder nicht können: so sollen ihm die übrigen substituirt seyn." Dieß heißt substitutio reciproca oder mutua. Einige nennen sie auch, aber nicht sehr schicklich, breviloquam, weil sie kurz (brevi locutione) also ausgedruckt werden kann: „A. B. C. sollen meine Erben seyn. Und ich substituire sie einander (*1)." Sie ist aber keine eigene und besondere vierte Gattung von Substitution, wie Einige glauben; sondern eine gemeine (substitutio vulgaris), und zwar eine Untergattung derselben, eine doppelte, dreyfache, vierfache ꝛc. substitutio vulgaris (*2); der Testirer hat ja in dem gegebenen Beyspiel nichts anders sagen wollen, als:

Erste Substitution.	Wenn A. mein Erbe nicht werden will, oder nicht kann: so sollen B. und C. dessen Portion haben;
Zweyte —	Wenn B. nicht Erbe seyn will oder kann, sollen A. und C. sein Erbtheil bekommen;
Dritte —	Wenn C. mein Erbe nicht wird, soll sein Theil auf A. und B. fallen.

(1) Der Name ist aus der L. 37. §. 1. de hered. inst. genommen, wo Julian sagt: haec verba: *Publius*, *Marcus*, *Caius invicem substituti*, *heredes mihi sunto*, sic interpretanda sunt, ut *breviter* videretur testator tres instituisse heredes, et invicem eos substituisse. — Diese Substitution der Miterben ist auch vermöge des ohnehin Statt findenden iuris accrescendi nicht überflüssig, sondern unterscheidet sich davon in mancher Rücksicht; 1) in Ansehung der Personen. Der Testator kann Miterben substituiren, denen iure accrescendi ein anderer noch vorgehen würde (492). 2) in Ansehung der Erwerbung; a) den ledigen Antheil erhält man durch das ius accrescendi ipso iure; durch die Substitution aber erst nach besonderer Antretung, welches bey der transmissio hereditatis von Wichtigkeit ist (546.) b) der Substitut kann als solcher den Erbtheil ausschlagen, das ius accrescendi darf der Miterbe nicht ablehnen. 3) in Beziehung auf die Vermächtnisse wegen des falcidischen Viertheils (§. 594.) s. L. 78. D. ad L. Falcid. vergl. mit L. 1. §. 13. L. 87. §. 4. et ult. D. ibid. *Voet.* comment. ad Dig. XXV. 2. 20. et 22. Westphal von Vermächtnissen und Fideicomm. II. 1151. etc. *Bechtold de Bernstorff* Diss. de rat. falcid. in singul. hered. etc. Goet. 1754. §. 25. 26. 40. etc. *I. A. Cleemann* diss. de reciproca cohaered. substitutione. Lips 1770. vergl. Schott unparth. Critik. III. 169. W.

(2) *Giphanii* Explanatio difficilior. LL. Cod. tit. de impub. et al. substit, pag. 57.

§. 502. Wie viel bekommt der Substitut? Er muß den Fall der Substitution erleben.

Der zweyte Erbe wird an die Stelle des ersten substituirt. Daraus folgt 4) daß der zweyte denselben Erbtheil bekommt, den der erste würde erhalten haben; wofern nemlich der Testator nicht ein anders verordnet. Z. E. es heißt:

„A. und B. sollen meine Erben seyn. A. auf zwey Drittheil, B. auf ein Drittheil. Dem A. substituire ich den C. Dem B. aber den D." Wenn in diesem Falle A. nicht Erbe wird, so fallen dessen ⅔ auf den C., und wenn B. wegfällt, so kommt sein ⅓ auf den D. Bey der wechselseitigen Substitution der Miterben bekommt jeder von einem vacanten Erbtheil eben so viel, als er von der ganzen Masse haben sollte. Man nehme also an, es heiße:

A. B. und C. sollen meine Erben seyn,

A. auf $\frac{1}{12}$, B. auf $\frac{8}{12}$ und C. auf $\frac{3}{12}$, und ich substituire sie einander.

Nun könnte oder wollte A. nicht erben. In diesem Falle bekommt B. von dem vacanten Erbtheil 8, und C. 3 Theile; denn B. ist auf 8, und C. auf 3 Theile eingesetzt (*1). 5) Der Substitut muß den Fall erleben, auf den er substituirt ist. Wenn er also stirbt, während der Zeit, als der erste Erbe deliberirt, ob er die Erbschaft antreten soll: so ist die Substitution erloschen. Z. E. es heißt in dem Testament; A. soll mein Universalerbe seyn; gesetzt aber, er will oder kann es nicht werden, so soll mich B. erben. A. ist zweifelhaft, ob er die Erbschaft annehmen soll oder nicht. Er bittet also um Deliberationsfrist. Während derselben stirbt der Substitut. Nach seinem Tode schlägt A. die Erbschaft aus. Können jetzt die Erben des Substituten Anspruch daran machen? Nein, denn ihr Erblasser hat den Fall, auf den er substituirt war (wenn A. nicht Erbe seyn will), nicht erlebt. 6) Die Substitution erlischt aber auch, sobald der erste Erbe die Erbschaft antritt. Denn nun ist der Fall der Substitution nicht vorhanden. Der Substitut soll nur alsdann zur Erbschaft gelangen, wenn der erste Erbe nicht Erbe werden wird. Dieser ist aber nun Erbe geworden; folglich hat die Substitution keine Wirkung (*2).

(1) L. 24. D. h. t. L. 1. C. eod. (VI. 26.) §. 2 I. h. t. Doch setzt Ulpian L. 24. alleg. hinzu: nisi alia mens fuerit testatoris. Man s. von dieser Ausnahme *Vinn.* ad §. 2. h. t. n. 2.

(2) Wie aber, wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht antritt, indessen dieselbe auch ohne Antretung transmittiret; wird alsdann der Substitut vorgezogen, oder der, auf welchen die Erbschaft transmittirt worden ist? S. *Vinn.* ad §. 4 h. t. n. 2.

§. 503. Von der Regel: substitutus substituto substitutus et instituto.

Die Substitutionen sind zu dem Ende erfunden, daß die Testamente nicht aus Mangel eines Erben zu Grund gehen sollen. Daraus schließt denn **Heineccius** den Satz: wer dem Substituten substituirt ist, der ist auch dem Instituten (dem ersten Erben) substituirt. Die Schlußfolge ist nun zwar nicht sehr bündig, aber der Satz selbst ist richtig. Z. E. es heißt: „A. soll mein Erbe seyn. Wenn er nicht Erbe seyn kann oder will, soll es B. seyn. Und wenn es B. auch nicht seyn will, oder nicht seyn kann, so soll es C. seyn." A. ist

also institutus, B. ist substitutus instituto, C. ist substitutus substituto; eben darum aber ist er auch ein substitutus instituti, des A. nemlich.

Einen practischen Nutzen zeigt diese Regel in folgendem Falle:

Die Erben sind — — A. B. und C. jeder zu $\frac{1}{3}$.
Dem A. ist substituirt: B.
Dem B. ist substituirt: X.

Also A. ist institutus, B. ist substitutus instituto, X. aber substitutus substituto. Nun nehme man an, A. und B. fallen weg; sterben, ehe sie die Erbschaft angetreten haben, oder schlagen sie aus: Jetzt bekommt X. $\frac{2}{3}$ der Erbschaft. Nemlich er bekommt $\frac{1}{3}$, weil er ein Substitut des B. ist, und dieser auf $\frac{1}{3}$ eingesetzt war. Weil er aber zugleich ein Substitut des A. ist (nam substitutus subsituto etiam est substitutus instituto), so bekommt er auch das $\frac{1}{3}$, welches dem A. bestimmt war (*1).

(1) *Vinnius* ad §. 3 I. h. t. *Cocceii* iur. controv. tit. de vulg. et. pup. substit. qu. 2. *Huber* in praelect. h. t. n. 2. Man denkt vielleicht, X bekomme in dem angeführten Falle $\frac{2}{3}$ vermöge des *iuris accrescendi*, und man habe die Regel, substitutus substituti etc. gar nicht nöthig. Allein das ius accrescendi kommt hier nicht in Anwendung, weil A und B die Erbschaft nicht erworben haben. Wer nicht Erbe geworden ist, dem kann kein Erbtheil accresciren; und wenn es angewendet werden könnte, so würde es doch dem X keine $\frac{2}{3}$ der Erbschaft verschaffen. Was Justinian §. 3. h. t. sagen will, wenn es heißt: substitutus ad utramque partem *sine distinctione* admittitur, s. bey *Vinn.* d. §. n. 1. Man vergleiche überhaupt hiebey *I. B. Geiger* Dissert. de substituto substituti. Erlangae 1768.

Sonderbar ist es, daß in einigen Fällen, wo es zweifelhaft ist, ob der Substitut als Substitut die Erbschaft verlangen könne, die Römischen Juristen ihn als Miterben dazu lassen. Zwey dieser Fälle führt Julian in der L. si pater familias 40. D. de hered. instit. an. Der erste ist: Jemand setzt den Titius, den er irrig für einen freyen Menschen hält, zum Erben ein, und substituirt ihm vulgariter den Sempronius. Weil aber Titius ein Sklav ist, so verlangt sein Herr die Erbschaft. Dieß widerspricht der Substitut, und macht für sich Anspruch daran. Der zweyte Fall ist: ich setze einen wirklich freyen Menschen ein, der nachher in die Sklaverey fällt, und substituire ihm. Auch jetzt entsteht Streit zwischen dem Herrn des Sklaven und dem Substituten. Julian hält die Sache für so zweifelhaft, daß er ein Schnitterurtheil fällt, und die Erbschaft zwischen dem Herrn des Sklaven und dem Substituten getheilt haben will. Ein Ausleger nennt dieß Urtheil nicht ohne Grund anile et rusticum, und was andere z. E. *Brunus* diss. in ius civ. p. 203. zu dessen Rechtfertigung sagen, überzeugt mich nicht. Allein wie viel soll dann jeder Prätendent erhalten? Nach der L. 41. eod. und dem Theophilus ad §. ult. I. h. t. wird die Erbschaft in zwey gleiche Theile unter sie vertheilt, und das ist dann auch, wenn doch einmal getheilt werden soll, das natürlichste. *Vinn.* ad. d. §. ult. n. 3. Julian aber sagt: semisses fiunt, ita ut *alter semis* inter eum, qui dominus instituti heredis fuerit et substitutum aequis portionibus dividatur. —

Alter

Alter semis? Warum soll denn nur Eine Hälfte unter den Partheyen getheilt werden? wer soll die andere bekommen? Ich will die vielerley Meynungen und Erklärungen nicht anführen. Manche davon erzählt *Otto* ad d. §. ult. — noch mehrere hat Westphal von Testamenten §. 637. angeführt. — Keine, auch die, welche *Püttmann* probab. lib. 1. cap. 16. hat, gefällt mir so gut als die Alciatische dispunct. lib. 1. cap. 2., welcher auch *Finestres* in praelect. ad tit. P. de. V. et P. S. p. 213. beypflichtet. Alciat nemlich nimmt an, Julian habe sich den Fall gedacht, daß Titius und Sempronius zu Erben eingesetzt, und letzterer dem ersten zugleich substituirt sey. Jetzt wird die Erbschaft in zwey gleiche Theile getheilt. Die eine Hälfte theilen der Herr des Titius und Sempronius als Substitut, die andere bleibt natürlicher Weise dem Sempronius als Miterben. Von dieser war keine Frage, Julian redet also nicht davon. Nach Alciat's Versicherung liest ein Manuscript, das er eingesehen hat, wirklich: eique si heres non esset, Sempronium coheredem substituerit. Der dritte Fall, wo der Substitut als Miterbe zugelassen wurde, kommt bey *Ulpian* tit. 22. §. 34. vor.

Den Litteraturfreunden wird es angenehm seyn, von dem vorhin angeführten Buche, *Bruni* dissertationes in ius civile eine nähere Nachricht zu erhalten. Es erschien im J. 1759. in gr. Quart auf 512. S. zu Turin, wo der Verf. Lehrer der Institutionen war. Der Inhalt der Abhandlungen ist: 1) de origine et progressu iuris civilis; 2) de comitiis Romanorum; 3) de romanis magistratibus; 4) de rom. ICtis; 5) de ICto academico et forensi; 6) de civilis iuris codicibus; 7) de rom. legum praestantia; 8) de regiar. et decemviral. legum fragmentis; 9) de romanor. magistratuum legibus; 10) de militaribus legitibus. Ich wünschte dieser Anzeige ein Lob beyfügen zu können. Allein statt dessen muß ich sagen, daß das Buch eine Compilation ist, worin der unterrichtete Leser wenig Neues finden wird.

TIT. XVI.

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

§. 504. Was ist die pupillarische Substitution?

Die pupillarische Substitution ist eine Erbeseinsetzung, welche der Vater im Namen und statt seines unmündigen, in der väterlichen Gewalt befindlichen Kindes vornimmt, auf den Fall, wenn er unmündig sterben wird. Sie ist zuweilen eine wahre, völlige Substitution, zuweilen nur zum Theil, zuweilen gar nicht. Ich sage, sie ist zuweilen eine völlige Substitution, in dem Falle nemlich, wenn der Vater das unmündige Kind zum Erben ernennt, und dieses kein eignes Vermögen (peculium) hat. Sie ist zuweilen nur zum Theil (respective) eine Substitution, wenn der Vater das Kind zwar zum Erben ernennt, dieses aber auch eignes Vermögen besitzt. Z. E. das unmündige Kind hat 5000 Rthlr. Mütterliches, vom Vater erbt es 10000 Rthlr. Wenn ihm der Vater den A. pupillarisch substituirt, so ist seine Verordnung nur in Anse-

hung der 10000 Rthlr. väterlichen Vermögens eine wahre Substitution; denn das Kind ist der erste Erbe von diesem Vermögen, der A. aber zweyter oder Nacherbe. Hingegen in Rücksicht auf die 5000 Rthlr. Mütterliches ist es keine Substitution; weil das Kind in Ansehung dieser nicht Erbe des Vaters, also der A. kein Nacherbe ist. Endlich ist aber auch die pupillarische Substitution zuweilen gar keine Substitution; alsdann nemlich, wenn das unmündige Kind vom Vater nichts erbt, aber eigenes Vermögen hat, und ihm nur für dieses pupillarisch substituirt wird. Denn jetzt fehlt es an einem zweyten oder Nacherben völlig (*1).

(1) *Mereuda* controvers. lib. 4. cap. 6. Anderer Meynung sind *Reuter* diss. de substitut. reciproca, §. 1. not. und *Georg Sam. Madihn* diatr. vicissitudines substitutionis impuberum complexa, §. 81. Sie glauben, die Pupillarsubstitution sey auch in dem Fall, wenn der Unmündige enterbt wird, eine wahre Substitution. Allein ihre Gründe beweisen nur, daß ihre Difinition der Substitution, und nicht, daß die Begriffe der Römischen Juristen von dieser Handlung auf die pupillarische Substitution ohne Unterschied passen. Schon das Wort substituere bringt es mit sich, daß man einen Erben an die Stelle des andern Erben setzt. Wo also dieses nicht geschieht, da ist keine Substitution. Noch eher läßt sich in gewissem Verstande behaupten, daß die Pupillarsubstitution nie eine wahre Substitution sey. Denn der Substitut succedirt nicht dem Testator, sondern dem Unmündigen. *Vinn.* h. t. in praef. p. 358. n. 4.

§. 505. Grundsätze derselben.

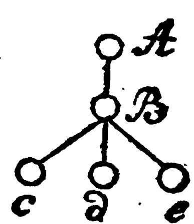
Bey der Pupillarsubstitution sind folgende Grundsätze zu bemerken: 1) das Fundament dieser Substitution ist die väterliche Gewalt. 2) Die Ursache aber, warum die Gesetze dem Vater das Recht, pupillarisch zu substituiren, gegeben haben, liegt in der Unmündigkeit, welche nicht erlaubt zu testiren. Könnte das unmündige Kind selbst testiren, so brauchte der Vater kein Testament in dessen Namen, und statt seiner zu machen. 3) Wer pupillarisch substituiren will, muß über sein eigenes Vermögen testiren. Wo also eine Pupillarsubstitution seyn soll, da muß allezeit eine doppelte Erbeseinsetzung geschehen; der Vater muß a) sich selbst, b) dem unmündigen Kinde einen Erben ernennen. Man kann daher sagen, daß ein Testament, worin der Vater seinen Erben bestimmt, und zugleich seinem Kinde pupillarisch substituirt, ein doppeltes sey (*1). Gewiß ist indessen, daß in einem solchen Testament keine 14, sondern nur 7 Zeugen nöthig sind.

(1) Justinian §. 2. h. t. sagt: Igitur in pupillari substitutione secundum praefatum modum ordinata, duo quodammodo sunt testamenta; alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius heredem sibi instituisset; aut certe unum testamentum est duarum causarum, id est duarum hereditatum. Man. s. *Hotomann* und *Vinn.* ad h. §.; desgleichen *Madihn* l. c. §. 21.

§. 506. Vom Grund der Pupillarsubstitution.

Der Grund der Pupillarsubstitution ist die väterliche Gewalt. Daher

kann nur der Vater, und nicht die Mutter auf diese Weise substituiren (*[1]). (§. 99. 104.) 2) Der Vater kann nur den Kindern pupillarisch substituiren, die noch in seiner Gewalt sind (suis); nicht denen, welche durch Emancipation, oder auf andere Art davon frey geworden sind. Das ist gleichgültig, ob die Kinder zur Zeit des Testaments schon gebohren sind, oder erst nachher gebohren werden; denn man kann auch den posthumis pupillarisch substituiren. Sie werden vermöge einer Rechtsfiction angesehen, als ob sie schon gebohren, und in des Testators Gewalt wären, weil die Substitution ihnen vortheilhaft ist. 3) Auch den Enkeln kann der Großvater substituiren, die in seiner Gewalt sind (**), wofern sie nur nicht nach des Großvaters Tode in des Vaters Gewalt fallen; denn in diesem Falle kann ihnen der Großvater nicht substituiren. Z.E.



man nehme an, A habe seinen Sohn B, und seine Enkel c d e in der väterlichen Gewalt, und mache ein Testament. Kann er wohl den Enkeln pupillarisch substituiren? Nein; denn nach seinem Tode fallen sie in ihres Vaters B Gewalt. Dieser also kann und wird ihnen ihr Testament machen, wenn ers nöthig findet. Gesetzt aber, der Vater B wäre vor dem Großvater A gestorben. Jetzt kann A seinen Enkeln pupillarisch substituiren.

Hat ein Großvater einen Sohn und Enkel in seiner Gewalt, und glaubt, der Sohn möchte sterben, oder aus der väterlichen Gewalt gehen; so kann er den Enkeln mit der Formel der legis Juniae Velleiae substituiren. Diese Formel heißt: filius meus heres esto, si vero me vivo suus heres esse desinit, nepos ex eo mihi heres esto; et si hic ante pubertatem decesserit, Pomponius ipsi substitutus esto. In dem gegebenen Fall würde A also sagen müssen: mein Sohn B soll mein Erbe seyn. Wird er bey meinen Lebzeiten aus der väterlichen Gewalt gehen, die Enkel c d e aber darin bleiben: so sollen diese meine Erben seyn; und wenn sie in der Unmündigkeit sterben, soll ihnen X substituirt seyn.

4) Auch den enterbten Kindern kann der Vater pupillarisch substituiren; denn die Enterbung hebt die väterliche Gewalt nicht auf, und die Pupillarsubstitution wird als vortheilhaft für die Kinder angesehen (§. 154.). Der Fall wird zwar nicht leicht vorkommen; denn welcher Vater wird auf die Gedanken

kommen, ein unmündiges Kind zu enterben. Indessen ist es doch möglich, daß ein Unmündiger schon ein solcher Bösewicht ist, daß er die Enterbung verdient. (vergl §. 503. n. 10.) Auch läßt sich der Fall denken, daß man einen Unmündigen aus guter Absicht enterbt (§. 535.). Nur kann der Vater dem Substituten eines enterbten Kindes keine Vermächtnisse oder Fideicommisse zu bezahlen auflegen, so wie man auch dem Enterbten selbst dergleichen nicht auflegen kan. Der Grund davon ist, weil man keinen oneriren, mit Vermächtnissen beschweren soll, den man nicht honoriret, d. i. dem man nichts hinterlassen hat (*3).

5) Die Pupillarsubstitution erlischt, wenn das unmündige Kind emancipirt, oder auf andere Art bey Lebzeiten des Vaters von dessen Gewalt frey wird. Denn die Gesetze erfordern, daß, wenn diese Substitution gelten soll, das unmündige Kind sowohl zur Zeit der Testamentserrichtung, als zu der Zeit, da der Testator stirbt, in dessen Gewalt sey (*4). Endlich geht auch diese Substitution zu Grunde, wenn das unmündige Kind nach des Vaters Tode arrogirt wird. Indessen schadet dieß dem Substituten nichts. Denn der arrogator eines Unmündigen muß, wie wir oben gehört haben (§. 145.), Caution stellen, daß er, im Fall das unmündige Kind stirbt, dessen Vermögen den Personen herausgeben wolle, die es erhalten hätten, wenn keine Arrogation geschehen wäre. Dergleichen aber ist der Substitut (*5).

(1) *Cocceii* ius controv. h. t. qu. 10. *Struv.* ex. 33. th. 23. *Berger* resolut. h. t. qu. 2. *Wernher* tom. 1. part. 5. obs. 157. p. 1070. *Stockmann* diss. ad L. 33. D. h. t. Lips. 1779. Der mütterliche Großvater kann gar nicht pupillariter substituiren. *Georg Dav. Richerz* diss. variae quaestiones circa testam. avi materni. Giss. 1775. §. 7. Hat Jemand mehr als Ein unmündiges Kind, so kann er jedem besonders substituiren; er kann aber auch sagen: wenn alle meine Kinder unmündig sterben, so soll dem letztsterbenden der A. substituiret seyn, oder wie Justinian §. 6. h. t. sagt: ei, qui eorum novissimus impubes morietur, substitui potest. In diesem Falle will er, daß die Intestaterbfolge unter seinen Kindern Statt finden soll. Man s. über diese Stelle *Vinn.* n. 1. et. 2.

(2) Wie aber, wenn ein Sohn durch Anstellung eigener Oeconomie aus der väterlichen Gewalt gegangen, gestorben ist, und Kinder hinterlassen hat: kann diesen der Großvater pupillarisch substituiren? Eine in neuer Zeit berühmt gewordene Streitfrage, als sich der Fall im Hannövrischen zutrug. Just. Henning Böhmer schrieb damals seine Dissertation de statu liberorum sui iuris factorum per separationem vel nuptias, und behauptete, die Substitution sey gültig. Aber Grupen widerlegte dessen Gründe in s. Disceptat. forens. 208 u. f f. weitläuftig. Georg Ludw. Böhmer vertheidigte seinen Vater in der Vorrede zum tom. 1. Exercit. ad Pand. Der Proceß kam an das Oberappellationsgericht zu Zelle, und die Substitution wurde (meines Erachtens mit Recht) für ungültig erklärt; weil die väterliche Gewalt durch die Anstellung eigner Oeconomie aufgehoben worden sey, folglich auch ihre Wirkungen, insonderheit das

Recht pupillarisch zu substituiren, aufgehört hätten. *Pufendorf* tom. 3. obs. 1. *Reinharth* ad *Christin.* vol. 4. obs. 27.

(3) Selbst alsdann, wann dem Substituten ein Vermächtniß hinterlassen ist, und er es annimmt, ist er nicht verbunden, ein ihm auferlegtes Fideicommiß zu honoriren. L. 24. C. de legat. (VI. 38.) *Vinn.* ad §. 4. h. t. n. 3. *Merill.* ad L. Decis. pag. 104 sqq.

(4) Daß, wann der Unmündige bey Absterben des Testators nicht mehr in dessen väterlicher Gewalt war, die Substitution nicht gelte, ist gewiß. Allein, das ist bestritten, ob zu ihrer Gültigkeit erforderlich ist, daß der Unmündige auch zur Zeit des errichteten Testaments in des Testirers Gewalt sey. Richtiger ist die bejahende Meynung, S. L. 41. §. 2. D. h. t., wo es heißt: si quis ex his mortis *quoque* tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita. *Vinn.* ad pr. I. h. t. n 3. *Hunn.* in resolut. p. 461. qu. 11. Posthumi werden durch eine Rechtsfiction als schon gebohren, und in der väterlichen Gewalt befindlich geachtet.

(5) *Bachov* ad *Treutler.* vol. 2. disp. 11. thes. 8. lit. D. thes. 9. lit. F. *Idem* ad prota Pand. tit. de adopt. p. 212. n. 12. *Martini* tract. de substitut. pupillari, cap. 5. §. 9. ibique cit. Wenn übrigens *Denecken* diss. de successione ex pupillari substitut. §. 16. in dem fünften Satz dieses Paragraphs einen schändlichen Fehler glaubt gefunden zu haben: so ist es ein Beweis, daß er die Sache nicht verstanden hat.

§. 507. Auf wie lange kann man pupillarisch substituiren?

Die Ursache, warum die Gesetzgeber dem Vater das Recht, pupillarisch zu substituiren, ertheilt haben, liegt in der Unmündigkeit, und dem daraus entspringenden Hinderniß, ein Testament zu machen. Daraus folgt 6), daß man den Kindern nicht über die Jahre der Unmündigkeit hinaus, das heißt, Söhnen nicht länger, als bis sie das 14te, Töchtern nur, bis sie das 12te Jahr zurückgelegt haben, substituiren kann (*1). Auf kürzere Zeit ihnen zu substituiren, ist erlaubt. Gesetzt aber, der Vater sagt: mein Sohn soll mein Erbe seyn; wird er aber vor dem 25ten Jahr sterben, so substituire ich den A. Diese Substitution gilt nur bis zu den Jahren der Mündigkeit (*2). Denn 7) sobald das Kind, dem ich pupillarisch substituire, diese Jahre erreicht, so ist die Substitution erloschen (*3). Habe ich auf kürzere Zeit substituirt, z. E. nur bis in das zehende Jahr, so erlischt die Substitution schon in diesem Jahre.

(1) Papinian L. 7. D. h. sagt: verbis civilibus (d. i. directe) substitutionem pupillarem post quartum decimum annum aetatis frustra fieri convenit (ein Fideicommiß kann man machen auf so viele Jahre, als man will); sed qui non admittitur ut substitutus, ut adiectus heres quandoque non erit. (Der Substitut kann auch nie als adiectus, d. i. als Miterbe zur Erbschaft kommen. Es giebt nemlich Fälle, wo ein Substitut zur Erbschaft als Miterbe gelangt. S. §. 503. Not. 2) Ne fiat contra voluntatem, si filius non habeat totum interim, quod ei testamento pater dedit. Denn wollte man ihn als Miterben an-

sehen, so würde er sogleich nach dem Tode des Testators die Hälfte der Erbschaft verlangen können; der Sohn würde also, gegen den Willen des Vaters, interim, d. i. bey seinem, des Sohns Leben, die Hälfte entbehren.

(2) Justinian sagt zwar §. 8. h. t. si hoc tempus (annum XIV. oder XII.) *excesserint*, substitutio evanescit. Er hätte sagen sollen *compleverint*. S. oben §. 62. Not. 6. und *Vinn.* ad d. §. n. 1. Allein wenn ein Vater über die Jahre der Mündigkeit substituirt, gilt die Substitution nicht als ein Fideicommiß? Nach dem Römischen Recht ist dieß zu verneinen; denn Justinian §. h. t. sagt: *evanescit substitutio*, und Papinian l. c. frustra fieri convenit. *Vinn.* ad d. §. 8. Der deutsche Gerichtsbrauch aber läßt sie als ein Fideicommiß gelten, wenn erhellet, daß dieß die Absicht des Testators war, welches man dann unter andern auch alsdann annimmt, wenn die Codicillarclausel dem Testament angehängt ist. *Stryk* caut. testam. cap. 18. membr. 2. §. 24. *Lauterbach* coll. de V. et P. S. §. 25. — Dieser Gerichtsgebrauch hat auch so viel wenigstens vor sich, daß die angeführten Gesetze, denen L. 14. D. de vulg. et pupill. substitut. noch beyzufügen ist, der Substitution als fideicommissarisch betrachtet, nicht ganz bestimmt die rechtliche Wirkung versagen. Klein Annalen der Gesetzgeb. und Rechtsgel. I. 1. W.

(3) Merkwürdig ist L. 41. §. 7. D. h. t. wo Papinian sagt: cum pater impuberi filiae, quae novissime diem suum obiisset, tabulas secundas fecisset, et impubes filia superstite sorore pubere vita decessisset, irritam esse factam substitutionem placuit, in persona quidem prioris, quia non novissima decessit, in alterius vero, quia puberem aetatem complevit. Der Fall ist: ein Vater hatte zwey unmündige Töchter, er substituirte (tabulas secundas fecit) der, welche zuletzt sterben würde, den A. pupillarisch. Nun wird die älteste mündig, darauf stirbt die jüngste unmündig. Natürlicher Weise geht jetzt die Substitution zu Grund. Denn die älteste Tochter ist mündig, folglich hat in ihrer Person die Substitution ein Ende. Die jüngste ist nicht zuletzt gestorben, sondern zuerst; also hat auch bey ihr die Substitution keine Anwendung. Deutlicher hätte sich Papinian ausgedruckt, wenn er gesagt hätte, der Vater wollte, daß, wenn eine Tochter stürbe, die andere ihr Erbe seyn; und wenn diese unmündig mit Tode abgehe, A. ihr substituirt seyn solle. Da die letztlebende mündig geworden ist, so kann der Substitut nichts mehr erwarten.

§. 508. Die Pupillarsubstitution setzt eine doppelte Erbeseinsetzung voraus. Folgen dieses Satzes.

8) Wenn ein Vater pupillarisch substituiren will, so muß er sich selbst einen Erben ernennen. Es geht nicht an, daß er ab intestato sterben, und doch seinem Kinde pupillarisch substituiren will. Die Römischen Gesetzgeber haben dieß als unschicklich angesehen. Sie sagen, substitutio pupillaris ist *pars et sequela*, ein accessorium *testamenti paterni*. Ein accessorium aber setzt nothwendig ein principale voraus. Das ist einerley, ob der Vater seinen und des Kindes Erben in Einem, oder in verschiedenen Testamenten (diversis tabulis), zu Einer, oder zu verschiedenen Zeiten, ernennen will. Er kann auch seinen Erben mündlich, des Kindes seinen schriftlich ernennen und umgekehrt. Nur fragt

fchs: muß denn der Vater nothwendig erst seinen eigenen Erben ernennen, ehe er den Erben des Kindes bestimmt; oder kann er auch diesen eher ernennen als jenen? Man mache einen Unterschied: wenn die doppelte Erbeseinsetzung zu einerley Zeit (actu eodem, coniunctim, uno contextu) geschieht, so kommt nichts auf die Ordnung an. Will hingegen der Vater die zwey Erbeseinsetzungen zu verschiedenen Zeiten vornehmen, so muß er zuerst seinen, und nachher des Kindes Erben bestimmen (*[1]).

9) Wenn der Fall der pupillarischen Substitution existirt, das heißt, wenn das Kind unmündig stirbt: so bekommt der Substitut nicht nur das väterliche, sondern auch des Kindes eignes Vermögen (*) und geht allen Verwandten, selbst der Mutter vor. Kann aber diese nicht wenigstens den Pflichttheil fordern? Die, welche die Frage bejahen (*[2]), sagen: der Vater macht das Testament im Namen des Kindes, und dieses ist seiner Mutter den Pflichttheil schuldig. Es wäre doch äusserst unbillig, wenn die leibliche Mutter gar nichts von ihrem Kinde erben sollte. Auch verordnen, sagen sie weiter, L. 30. und 32. C. de inoff. testam. (III. 28.), der Pflichttheil dürfe keinem, dem er gebührt, auf irgend einige Weise entzogen werden. Allein Ulpian in der L. 8. §. 5. D. de inoff. testam. und Bonifacius VIII. im cap. 1. de testam. in 6. sagen ganz deutlich, daß die Mutter den Pflichttheil in diesem Falle nicht verlangen könne. Gegen solche klare Gesetze ist nicht zu disputiren (*[3]).

10) Wenn das Testament des Vaters nicht gilt, worin er sich einen Erben ernennt, wenn es nullum ist, oder ruptum, oder irritum, oder destitutum (*[4]), so gilt auch die von ihm geschehene Pupillarsubstitution nicht. Eine Ausnahme findet Statt, wenn das väterliche Testament als inofficiosum oder nullum ex Novell. 115. aufgehoben wird. Der Vater hat sein unmündiges Kind enterbt, ohne eine gerechte oder gegründete Ursache anzuführen, und ihm pupillarisch substituirt. Es stellt also gegen das Testament eine Klage an, und stößt es um. Hier bleibt, nach der richtigern Meynung, die pupillarische Substitution bey Kräften. Denn, wie wir im Titel de querela inofficiosi hören werden, wird in vorgedachtem Fall die Erbeseinsetzung umgestoßen, alle andere Verordnungen des Testaments bleiben gültig (*[5]).

(1) So läßt sich L. 2. §. 4. und §. 5. D. de vulg. et pup. substit. mit einander vereinigen. *Vinn.* ad §. 5. I. h. t. n. 1. *Io. Lud. Conradi* reprehens. p. 87. sqq. in opusc. vol. 1. p. 221. sqq.

(*) Er darf auch der Regel nach die eine dieser Erbschaften nicht annehmen, und die andere ausschlagen. L. 10. §. 2. und 5. D. de vulg. et pupill. substit. J. C. D. List Beantwort. der Frage: ob ein pupillarisch Substituirter die Erbschaft des Vaters und des Unmündigen trennen darf rc. Rostock 1799. Klübers kleine jurist. Biblioth. XXVI. 230. W.

(2) J. E. *Finkelthaus* obs. 29. n. 17. sqq. *Harpprecht* ad I. h. t. n. 47. *Brunnemann* ad L. 8. §. 5. D. de inoff. testam.

(3) *Carpzov*. part 3. c. 8. d. 1. *Hartm. Pistor* obs. 30. *Merenda* controv. lib. 3. cap. 40. *Ant. Faber* coniect. lib. 16. cap. 9. *Franzk*. exerc. 6. qu. 7. *Stryk* de caut. testam. cap. 18. membr. 2. §. 16. Decis. Cassell. tom. 1. decis. 66. *Pufendorf* tom. 3 obs. 117. *Heisler* diss. de pupillariter substituto matrem excludente. *G. S. Madihn* tr. de substit. impub. § 23. — *I. B. Küstner* Diss. de pupillari testamento, praeterita impuberis matre, rato. Lips 1783. Klüber kl. jurist. Biblioth. XV. 375.

(4) Wenn das im väterlichen Testament eingesetzte Kind die Erbschaft ausschlägt, so verliert die Substitution ihre Gültigkeit nicht. *Vinn* ad pr. I. h. t. n. 9.

(5) Es behaupten zwar einige Juristen, die Pupillarsubstitution gehe auch in diesem Falle zu Grunde. Allein Justinian sagt Nov. 115. cap. 3. in fin. legata, fideicommissa, libertates, tutorum dationes und *quaelibet alia capitula* sollten bey Kräften bleiben. Noch viele subtile Fragen, denn fast keine Rechtslehre ist so reich daran, als die von der Pupillarsubstitution, übergehe ich; die vorzüglichsten s. bey *Vinn*. ad pr. h. t. n. 8. sqq.

§. 509. Von der substitutione quasi pupillari.

Die dritte Gattung der Substitution ist die, welche blödsinnigen Kindern geschieht. Die neueren Juristen nennen sie *quasi pupillarem*, *exemplarem*, auch *Iustinianeam*. Quasi pupillarem, weil sie der pupillarischen ähnlich; exemplarem, weil sie nach dem Exempel jener erfunden (*1), und Iustinianeam, weil sie von Justinian in der L. 9. C. de impub. et al. substit. (VI. 26.) allgemein eingeführt worden ist; denn vorher mußte jeder, der auf diese Weise substituiren wollte, bey dem Kayser um Dispensation bitten (*2). Sie setzt voraus, daß Eltern ein blödsinniges Kind, mente captum, haben, und befürchten, es möge in dieser Blödsinnigkeit sterben; sie ernennen ihm also auf diesen Fall einen Erben. Der Grund, welcher den Gesetzgeber zu dieser Verordnung bewog, ist, wie er sagt, *humanitas*. Es ist billig, daß man den Eltern erlaube, den blödsinnigen Kindern einen Erben zu ernennen, weil die Blödsinnigen selbst ausser Stande dazu sind, und die Eltern gute Ursachen zu einer solchen Disposition haben können, wie ich bey dem §. 498. bemerkt habe.

(1) Daß diese Benennung ganz unschuldig ist, bemerkt *Duaren*. disp. annivers. lib. 2. cap. 7.

(2) Merkwürdig ist L. ex facto 43. D. h. t. — Westphal von Testamenten rc. §. 723. *Lud. Gothofr. Madihn* vicissitudines substitutionis exemplaris Halae 1775.

§. 510. Unterschied dieser Substitution und der pupillarischen.

Die exemplarische Substitution ist nach dem Exempel der pupillarischen eingeführt, und kommt darin mit dieser überein, daß der, welcher exemplarisch substituiren will, sich selbst ein Testament machen, über seine eigene Verlassenschaft disponiren muß. (Auch die Wirkung beyder Substitutionen ist darin gleich, daß der Substitut nicht auf den Nachlaß des Ascendenten eingeschränkt ist,

sondern

sondern auch das eigne Vermögen des Blödsinnigen erhält.) (*) Indessen gehen aber auch diese beyden Arten von Substitution in manchen Stücken von einander ab. Nemlich, es können 1) alle Ascendenten (*1) exemplarisch substituiren, Vater, Mutter, Großeltern u. s. w. Der Vater kann auch den Kindern exemplarisch substituiren, die nicht mehr in seiner Gewalt sind. 2) Das blödsinnige Kind braucht nicht unmündig zu seyn. Man kann zwar auch unmündigen blödsinnigen Kindern exemplarisch substituiren (*2); die Unmündigkeit aber ist doch nicht erforderlich, wie bey der Pupillarsubstitution. 3) Die Eltern dürfen nicht einsetzen, wen sie wollen, sondern a) wenn der Blödsinnige Kinder hat, so müssen diese vor allen andern eingesetzt werden (*3). b) Sind keine Kinder da, so müssen des Blödsinnigen Eltern und Geschwister eingesetzt werden (*4). Ich sage, die Eltern; z. E. wenn der Vater quasipupillarisch substituirt, so muß er die Mutter auf den Pflichttheil einsetzen, und umgekehrt. c) Hat der Blödsinnige keinen Ascendenten, als den, welcher quasipupillarisch substituirt, auch keine Geschwister; so kann der Testirer zum Erben ernennen, wen er will. Viele setzen noch eine vierte Differenz hinzu. Sie sagen; einem enterbten Kinde kann man pupillarisch, aber nicht quasipupillarisch substituiren (*5). Allein ihre Gründe überzeugen mich nicht (*6).

(*) Die nach §. 4. (3) I. de adopt. überhaupt Statt findende Ausnahme, wenn einem Arrogirten substituirt wird, muß daher auch hier eintreten W.

(1) Wie aber, wenn Vater und Mutter zugleich dem blödsinnigen Kinde substituiren, und verschiedene Erben einsetzen, welche Substitution geht vor? Einige geben der väterlichen den Vorzug. Andere behaupten, ich glaube mit Recht, daß beyde Substitutionen gelten; die väterliche in Ansehung des väterlichen Vermögens, und die mütterliche in Rücksicht der mütterlichen Güter. Ist noch anderes Vermögen vorhanden, so wollen Einige den Substituten des Vaters vorziehen; Andere behaupten mit besserm Grund, daß sich die Substituten darein theilen. *Martini* tr. de substit. pup. cap. 3. §. 9. Mit den subtilen Römischen Grundsätzen, vermöge deren kein paganus mit mehr als Einem Testamente sterben kann (§. 442.), läßt sich es freylich nicht vereinigen, daß zwey Substitutionen zusammen gelten. *Vinn.* l. c. n. 2.

(2) Einige Juristen behaupten, ein Vater könne einem blödsinnigen Kinde, das in seiner väterlichen Gewalt ist, nicht quasipupillarisch substituiren; allein ohne Grund. *Vinn.* ad §. 1. h. t. n. 4.

(3) Das Gesetz sagt: der Testator müsse sie alle, oder einige, oder Eins davon einsetzen. Kann er also einige ohne alle Ursache ausschließen? Dieß wäre die auffallendste Unbilligkeit. Also den Pflichttheil muß doch wohl der Testirer jedem Kinde des Blödsinnigen lassen, oder wenigstens aus seinem eigenen (des Testirers) Vermögen das Kind, welches er ausschließt, entschädigen. *Martini* l. c. cap. 4. §. 3.

(4) In dem Gesetze sind die Eltern zwar nicht genannt. Allein, da doch die Geschwister benahmt sind, so kann man die Eltern mit Grund nicht ausschließen. Der Gesetzgeber hat der Eltern vermuthlich deswegen nicht gedacht, weil sie nach

dem gewöhnlichen Lauf der Natur vor den Kindern sterben; oder weil vor Publication der 118. Novelle die Eltern in der Erbfolge von den Geschwistern ausgeschlossen wurden. *Stryk* caut. testam. cap. 18. §. 20.

(5) Diese Meynung vertheidigen z. E. *Hunnius* in resolut. p. 472 qu. 22. *Coccell* iur. controv. h. t. qu. 22. *Walch* controv. p. 234. edit. III Aber das Gegentheil, daß man auch einem enterbten blödsinnigen Kinde exemplarisch substituiren könne, behaupten *Vinn.* ad. §. 1. h. t. n. 7. *Stryk* de cautel. testam. cap. 18. membr. 3. §. 15. *Toullieu* in diss. utrum filio exheredato possit exemplariter substitui, in collectan. n. 14. p. 366. Uebrigens glauben *Bachov.* vol. 1. disp. 11. th. 11. und *Toullieu* am a. O. man könne ein blödsinniges Kind nicht anders, als in guter Absicht (*bona mente*), §. 535. enterben; eine Meynung, der ich keinen Beyfall geben kann. Der Blödsinnige kann ja, als er noch den Gebrauch seiner Vernunft hatte, sich einer Enterbung schuldig gemacht haben, und der Grund, der Blödsinnige sey schon durch den Verlust seines Verstandes für seine Vergehung genug gestraft, ist nichtig. *Vinn.* l. c.

(6) Das Hauptargument ist, daß im Gesetz steht: liceat parentibus, legitima portione mente capto relicta, quos voluerint, ei substituere. Allein diese Worte enthalten nur einen Rath an die Eltern, sie sollen dem Blödsinnigen den Pflichttheil lassen, damit nicht sein Curator querelam inofficiosi, oder nullitatis gegen das Testament anstellen könne, und dadurch die Erbeseinsetzung zu Grunde gehe. Die Substitution bleibt auf alle Fälle bey Kräften. *Toullieu* l. c. pag. 373. sqq.

§. 511. Fortsetzung.

Welchen Kindern kann quasi pupillariter substituirt werden? Das Gesetz nennt nur die Blödsinnigen, *mente captos*, und erfordert dabey, daß sie ununterbrochen blödsinnig sind, ut filius isto *perpetuo* mente captus sit: denn haben sie Perioden, wo sie ihrer Vernunft völlig mächtig sind, so können sie selbst ein Testament machen; es ist also nicht nöthig, daß es die Eltern statt ihrer thun. Nun fragt sich aber: findet diese Substitution auch bey Rasenden (furiosis), Taubstummen, solchen nemlich, die nicht im Stande sind zu testiren (§. 468.), und gerichtlich erklärten Verschwendern Statt? Viele Juristen (*1) schränken sie schlechterdings auf die Blödsinnigen ein. Andere aber dehnen das Gesetz mit Grund auch auf die eben genannten Personen aus, weil die Raison des Gesetzes auf sie eben so gut paßt, als auf die Blödsinnigen (*2). Man sagt zwar dagegen, die exemplarische Substitution streitet mit den gemeinen Rechtsregeln, ist ein ius singulare, und daher darf das Gesetz nicht über die Worte ausgedehnt werden. Allein der Satz, daß ein ius singulare nicht ausdehnend erklärt werden dürfe, ist unrichtig (§. 48. not 1.) (*3).

Weil aber der Grund dieser Substitution darin liegt, daß der, welchem substituirt wird, nicht testiren kann, so verliert sie ihre Kraft, sobald das Impediment der Testamentsverfertigung gehoben ist; das heißt, wenn der Blödsinnige wieder den Gebrauch seiner Vernunft erhält, dem Verschwender die Ver-

waltung seines Vermögens wieder gegeben wird, der Taubstumme seine Gedanken durch Worte zu erkennen geben lernet, so hat der Substitut kein Recht mehr, aus der Substitution zu erben (*4).

(1) *Hunnius* in resolut. p. 474. *Perez* ad Cod. tit. de impub. et al. subst. n. 36. *Giphan.* explanat. difficil. LL. Cod. eod. tit. p. 60. *Huber* praelect. h. t. n. 5. *Madihn* viciss subst. exemplaris, §. 11.

(2) *Voet* h. t. n. 6. *Stryk* caut. testam. cap. 1. membr. 3. §. 13. 14. *Struv.* ex. 33. th. 36. ibique *Müller*. *Vinn.* ad §. 1. h. t. n. 3. *Martini* l. c. cap. 3. §. 15. sq. *Lauterbach* coll. th. pr. h. t. §. 42. *Rotgersius* l. c. (§. 497.) pag. 718. sqq.

(3) Daß das Gesetz die furiosos nicht nennt, kommt entweder daher, weil in der Sprache der Classiker furiosus oft nur der heißt, welcher vorübergehende Anfälle von Raserey hat (§. 62.), und einem solchen kann denn freylich nicht substituirt werden; oder weil mente captus auch zuweilen im allgemeinen Verstande jeden Vernunftlosen bedeutet. *Theophilus* paraphr. §. 1. h. t. nennt Blödsinnige und Rasende.

(4) Wie aber wenn der Blödsinnige eine Zeitlang den Gebrauch seines Verstandes bekommt, aber nachher in den vorigen Blödsinn zurückfällt? Man sehe *Vinn.* l. c. n. 8.

§. 512. Von der militärischen Substitution.

Wie der Soldat überhaupt an die Regeln nicht gebunden ist, die ein paganus bey seinem Testament beobachten muß, so ist er auch insonderheit nicht schuldig, die Regeln der Substitution zu befolgen. Uebrigens sind seine Substitutionen, so wie bey den Nichtsoldaten, entweder vulgares oder pupillares, oder quasi pupillares; und man kann daher nicht sagen, wie Viele thun, es gebe vier Gattungen der Substitution: vulgarem, pupillarem, quasi pupillarem und *militarem*. Die Privilegien des Soldaten in dieser Materie sind: 1) daß er seinen Kindern über die Jahre der Pubertät substituiren, z. E. sagen kann: mein Sohn soll mein Erbe seyn; wird er aber vor dem 25ten Jahre sterben: so soll ihm A. substituirt seyn (*1). Er kann 2) seinen emancipirten Kindern pupillarisch in dem Vermögen substituiren, das sie von ihm bekommen (*2). Weiter 3) kann er auch einem jeden andern Erben auf den Fall directe substituiren, wenn er Erbe werden wird. Der paganus kann einen Erben nur auf den Fall directe substituiren, wenn er nicht Erbe seyn will oder kann. Der Soldat aber kann z. E. sagen: A. soll mein Erbe seyn; wird er mein Erbe und stirbt, oder wird er mein Erbe, und stirbt vor dem dreyßigsten Jahre: so soll ihm B. substituirt seyn. Bey einem Nichtsoldaten würde diese Verordnung nicht als eine substitutio directa, sondern nur als ein Fideicommiß gelten können, in sofern die Absicht des Testators, daß sie als ein Fideicommiß gelten solle (animus fideicommittendi), aus der Disposition ersichtlich wäre (*3). Hingegen bey einem Soldaten gilt sie als eine directe Sub-

stitution, und diese ist von einem Fideicommiß sehr verschieden (*4). Indessen kann freylich der Soldat nur directe in Ansehung des Vermögens substituiren, das sein Erbe von ihm (dem Soldaten) erbt; nicht in Ansehung desjenigen, welches der Erbe schon zuvor besessen hat (*5).

(1) Doch gilt diese Substitution, wenn das Kind mündig wird, nur in Ansehung des Vermögens, welches das Kind vom Vater hat. L. centurio 15. D. de vulgari et pupill. substit. und L. precibus 8. C. de impub. et al. subst. (VI. 26). Allein das ist eine sehr bestrittene Frage: ob sie iure directo, oder als ein Fideicommiß gelte? Die Vertheidiger der letzten Meynung berufen sich auf die Worte der L. 8. Cod. cit. veluti ex causa fideicommissi; die Gegner sagen aber: eben diese Worte beweisen, daß die Substitution iure directo gilt; denn das Gesetz sagt nicht, ex causa fideicommissi, sondern *veluti* ex causa fideicommissi. Man s. *Cuiac.* lib. XII. obs. cap. 27. *Merill.* lib. 6. Obs. cap. 9. *Ian. a Costa* ad decretal. p. 528. sq. *Lyclama* membr. lib. 1. eclog. 2. *Duaren.* de vulg. et pupillar. substit. cap. 22. 23. *Hotomann* amicab. resp. lib. 1. cap. 17. *Idem* studiosor. p. 89. sqq. *Gast* ad tit. de impub. et al. subst. in thesaur. *Meermann.* VI. 753. sqq. *Giphan* explan. diff. LL. Cod. tom. 2. p. 42. sqq. *Ant. Faber* coniect. XV. 10. *Fachinaei* controv. lib. 4. cap. 43. *Bachov* ad *Treutler* vol. 2. disp. 11. p. 640. *Wieling* iurispr. restit. tom. 2. p. 54. sqq. *Io. Wilh. de Goebel* diss. de substit. pup. a Germania nunquam exclusa, pag. 36. sqq. *Bauer* diss. de substit. mil. §. 17. Uebrigens hat der ganze Streit keinen practischen Nutzen, da bey einem militärischen Fideicommiß die Trebellianische Quart wegfällt. *Stryk* interesse controvers. iur. cap. 9. §. 51. *Bauer* l. c. §. 16.

(2) L. 41. §. 4. D. de testam. mil. In dieser Stelle muß das Wort exheredato im Anfang des §. 4 mit dem vorhergehenden reliquerit am Ende des §. 3. verbunden werden. Dixi non posse, licet ampla legata reliquerit exheredato; miles et emancipato etc. Diese Emendation hat *Vigl. Zuichemus* ad §. 4. h. t. vorgeschlagen und sie wird von *Vinn.* ad §. eund *Donell.* commentar. lib. 6. cap. 28. n. 10. *Val. Forster* de success. ab intestat. lib. 1. cap. 19. *Val. Guil. Forster* de iuris interpret. lib. 1. cap. 2. n. 21. in thesaur. *Otton.* tom. 2. §. 962. gebilligt. Ohne sie hat die Stelle keinen Sinn.

(3) *Costa* l. c. *Struv.* Ex. 33. th. 40. *Bauer* l. c. §. 21.

(4) Wenn nemlich ein paganus diese Verordnung machte, und dieselbe als ein Fideicommiß gelten könnte, so würde zwar A. nach Verlauf der Jahre die Erbschaft an den B. abtreten müssen, aber doch die Trebellianische Quart abziehen können. (§. 614).

(5) L. 5. D. de testam. mil. Ueber dieses kann der Soldat anders nicht disponiren, als jeder andere Testirer; er kann nemlich ein Fideicommiß darauf legen. S. §. 606.

TIT. XVII.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

§. 513. Mancherley Arten von ungültigen Testamenten.

Aus mancherley Ursachen geschieht es, daß ein Testament entweder gleich anfangs, da es gemacht wird, nicht gilt, oder nachher seine Gültigkeit verliert. Diese ungültigen Testamente sind von gar verschiedener Art. Einige heissen nulla; einige iniusta; andere rupta; andere irrita; andere destituta; noch andere rescissa. Die 34. Tabelle legt die Verschiedenheit dieser Testamente vor Augen. Ich muß aber hierbey anmerken, daß die Römischen Juristen zwar, wenn sie sich genau ausdrücken, die ungültigen Testamente auf diese Weise unterscheiden, indessen zuweilen auch die Namen verwechseln (*1).

(1) So nennen sie z. B. das testamentum destitutum zuweilen irritum L. 1. de iniust. rupt. L. 20. de B. P. c. t. L. 50. de manumiss. testam. Auch das ruptum wird irritum genannt. L. 3. in fin. L. ult. de his quae in testam. del. L. 15. §. 1. D. de testam. mil.

§. 514. Was ist testamentum nullum?

Nullum heißt ein Testament, überhaupt, wenn es wegen nicht rechtsbeständiger Errichtung gleich von Anfang an nicht gilt; und zwar entweder wegen eines Mangels in der äußern Form — testamentum iniustum — davon §. seq. — oder aus Gründen, welche aus dem Inhalte des Testaments, der Person des Testators oder des Erben hergenommen werden — testamentum nullum in specie. Dahin gehört der Fall 1) wenn in der Erbeseinsetzung ein Fehler begangen ist; nemlich a) solche Personen, die bey Strafe der Nullität eingesetzt oder enterbt werden müssen, sind nicht eingesetzt, auch nicht enterbt, sondern mit Stillschweigen übergangen, oder nicht rite enterbt; oder b) es ist eine nicht erbfähige Person z. E. ein Apostat, ein nicht bestätigtes Collegium u. s. w. eingesetzt. 2) Wenn der Testator zu testiren nicht befugt war, z. E. wenn ein Verschwender testirt hat. 3) Wenn er zu Errichtung des Testaments gezwungen, oder durch lügenhafte Vorstellungen verleitet worden (§. 442.); 4) wenn die Erbeseinsetzung captatorisch ist (§. 579.) (*1).

(1) Von den Irrthümern, welche ein Testament ungültig machen können, handelt vortrefflich *Scip. Gentilis* in tr. de error. testamentorum, in dessen zusammengedruckten Tractaten. Argentor. 1669. 8.

§. 515. Was ist testamentum iniustum.

Iniustum hingegen heißt das Testament, wenn es wegen eines äusserlichen Mangels von Anfang ungültig ist, z. E. wenn keine sieben Zeugen zugezogen worden, oder die Zeugen nicht rogirt gewesen sind, oder wenn es an der Einheit der Handlung fehlt; der Testirer das Testament weder geschrieben noch unterschrieben hat. Uebrigens kommt die Distinction zwischen einem testamento

nullo und iniusto in den Gesetzen nicht vor, sondern ist modern. Die alten Römischen Juristen nennen ein Testament, welches gleich anfangs nicht gilt, *iniustum, non iure factum, non iure civili factum, imperfectum, inutile, nullius momenti*, es mag nun einen innerlichen oder äusserlichen Fehler haben (*[1]).

(1) L. 1. L. 3. §. 3. L. 6. §. 1. D. de iniust. rupt. pr. I. de exhered. lib. *Theophilus* ad pr. I. h. t.

§ 516. Grundsätze vom testamento nullo und iniusto.

1) Beyde Arten von Testamenten, sowohl die nulla, als iniusta, sind ganz, nach ihrem völligen Inhalt ungültig; nicht nur die Erbeseinsetzung, sondern auch die Vermächtnisse, Fideicommisse, und was sonst im Testament enthalten ist, geht zu Grunde (*[1]). Dieß ist ganz ausgemacht; nur in dem Falle, wird disputirt, was Rechtens sey, wenn das Testament für null erklärt wird, weil der Vater seine Kinder darin übergangen oder nicht rite enterbt hat; ob es nemlich in diesem Falle ganz null sey, oder ob blos die Erbeseinsetzung umfalle, und die übrigen Verordnungen des Testaments bestehen bleiben. Man s. §. 528.

2) Ein nichtiges Testament bleibt nichtig, wenn gleich der Grund, der es nichtig macht, nachher wegfällt. Wenn der Testirer z. B. seinen Sohn übergangen hat, so ist das Testament null. Gesetzt der Sohn stirbt vor dem Testator; wird nun das Testament gültig? Nein (*[2]).

3) Zuweilen wird ein testamentum iniustum noch durch Hülfe einer gewissen Clausel zum Theil erhalten, welche man die Codicillarclausel nennt, und die im 628. §. beschrieben wird.

4) Zuweilen erhält der Prätor ein nichtiges Testament; in dem Fall nemlich, wenn der darin übergangene Sohn die väterliche Erbschaft ausschlägt (§. 660).

(1) Wenn der Testirer vom Erben zu Errichtung des Testaments gezwungen worden wäre, die Vermächtnisse aber doch aus freyem Willen verordnet hätte, oder auch, wenn er allein zur Erbeseinsetzung durch Arglist verleitet worden wäre, zu den Vermächtnissen nicht; so würden diese gültig seyn. *Pufendorf* tom. 2. obs. 10. §. 4. sqq. Indessen ist dieser Satz nicht außer Zweifel. Man s. *Müller* ad *Leyser* obs. 678.

(2) Pr. I. h. t. L. 7. D. de lib. et post.

§. 517. Was ist testamentum ruptum?

Das testamentum *ruptum* ist von zweyerley Art. Die erste Art ist folgende: nach Verfertigung des Testaments bekommt der Testator einen *postumum*, das heißt, es kommt jemand mit dem Testator in eine Verbindung, vermöge welcher er nothwendig hätte eingesetzt oder rite enterbt werden müssen; gleichwohl ist keins von beyden geschehen; jetzt ist das Testament ruptum (*[1]). Dahin gehört a) wenn dem Testator nach Verfertigung des Testaments noch ein

Kind gebohren wird, das er im Testament gleichwohl nicht eingesetzt hat; b) wenn der Testator nach der Testamentserrichtung jemanden arrogirt; c) wenn er einen seiner Descendenten adoptirt. Denn wenn er einen andern minus plene adoptirt, so wird das Testament nicht rumpirt; weil ein solcher adoptivus nur ab intestato erbt, und keinen Anspruch auf die Erbschaft seines Adoptivvaters machen kann, sobald dieser ein Testament macht (§. 531.). d) Wenn nach dem Testament ein uneheliches Kind durch die Ehe, oder ein Rescript plene legitimirt wird; e) wenn ein Sohn oder eine Tochter mit Tode abgeht, und Kinder hinterläßt, die sich in des Großvaters Gewalt befinden, gleichwohl in dessen Testament weder eingesetzt, noch enterbt sind.

(1) Auch eine Mutter kann in gewissem Verstande einen postumum bekommen, wenn nach Verfertigung ihres Testaments sie noch Kinder gebiert, oder ein Kind von ihr stirbt, und Kinder hinterläßt. Doch wird dadurch ihr Testament nicht ruptum, sondern kann nur als nullum aus der Nov. 115. oder als inofficiosum angefochten werden. — Die Notherben, welche ein Testator nach Errichtung des Testaments erst erhält, können seyn a) Descendenten — postumi, b) Ascendenten z. B. der Testator hatte noch eine Mutter am Leben, als er seinen Sohn, und mit diesem einen Fremden zum Erben einsetzte. Der Sohn starb vor dem Vater; jetzt trat die Großmutter als nothwendige Erbin ein, und kann das Testament anfechten. *Stryk* caut. testam. c. 24. §. 8. c) nach besondern deutschen Rechten auch Ehegatten. *I. C. Koch* de testamento per matrimonium vel nullo vel rupto ad reform. Francofurt. Giessae 1773. Nach dem Rechte der Pandecten und des Codex können eigentlich nur postumi *sui* heredes (§. 538) das Testament ruptum machen, §. 1. 2. 3. I. de lib. exhered. §. 1. I. h. t. L. 3. L. 17. D. de lib et post. L. 1. C. de port. hered. instit. die übrigen müssen theils bonorum posses. c. tabulas suchen, theils querelam inofficiosi anstellen, davon im folgenden Titel. Nach der Novelle 115. ist man über die Rechtsmittel und deren Wirkung gegen ein Testament, worin Notherben nicht gehörig bedacht worden sind, streitig (§. 525 2c). Um sich consequent zu bleiben, wird man den erst nach Errichtung des Testaments hinzugekommenen nothwendigen Erben wenigstens nicht mehrere Rechte zugestehen können, als sie nach der angeführten Novelle gehabt haben würden, wenn sie zu der Zeit, da es vollzogen ward, schon als solche vorhanden gewesen, und ungebührlich von der Erbschaft ausgeschlossen wären. Man sehe *Koch* cit. Dissert. §. 3. 4. W.

§. 518. Fortsetzung.

Die zweyte Art von rumpirten Testamenten ist vorhanden, wenn der Testator erklärt, daß sein zuvor errichtetes Testament nicht gelten solle. Auch hier sind viele Fälle möglich. a) Wenn er ein neues vollkommenes Testament macht. Denn wir wissen, daß das erste Testament durch das letzte aufgehoben wird. (§. 442.) Daß in dem zweyten Testamente gesagt werde, das erste soll aufgehoben seyn, ist nicht nothwendig. b) Wenn er vor Zeugen erklärt, daß sein Testament nicht gelten solle, ohne übrigens ein anderes zu machen. c)

Wenn er eine Handlung mit dem Testament vornimmt, woraus zu schließen ist, daß er es hat ungültig machen wollen (si *realiter* rumpit), z. B. wenn er es verbrennt, zerreißt, zerschneidet, durchstreicht, die Siegel abreißt, etwas anders darauf schreibt, so, daß das Testament nicht mehr leserlich ist.

Ich habe gesagt, das erste Testament werde rumpirt durch ein zweytes. Dieses ist die Regel, deren Ampliationen (wie die Alten sagen) und Einschränkungen ich nun vorzutragen habe.

Erste Ampliation. Das erste Testament wird durch das letzte rumpirt, wenn gleich das letzte *destitutum* wird (§. 522.), z. B. wenn der im letzten eingesetzte Erbe die Erbschaft ausschlägt, oder vor dem Testator gestorben ist, oder die Bedingung de futuro, unter welcher im letzten Testament der Erbe eingesetzt ist, nicht erfüllt wird (deficit). Denn sobald das letzte gemacht wurde, gieng das erste zu Grunde. Dadurch, daß das letzte in der Folge seine Gültigkeit auch wieder verliert, erhält sie das erste nicht wieder. Testamentum semel ruptum semper ruptum manet.

Zweyte. Das erste ist und bleibt also auch rumpirt, wenn das zweyte in der Folge *ruptum* wird; also wenn der Testator das letzte wieder aufgehoben hat, in der Absicht, daß das erste gelten solle, oder wenn das zweyte durch einen postumum rumpiret würde. Man denke den Fall: Jemand macht ein Testament und setzt seinen gehofften postumum ein. Es kommt aber keiner. Nun macht er ein zweytes Testament, worin nichts von einem postumo steht. Nach diesem Testament aber wird ihm noch ein Kind gebohren. Da dieses nicht eingesetzt ist, so wird das zweyte Testament ruptum. Gilt darum das erste? Nein.

Dritte. Das erste Testament wird durch das nachfolgende rumpirt, wenn jenem gleich die *clausula cassatoria* oder *derogatoria* angehängt ist; das heißt, wenn der Testator im Testament gesagt hätte, dieses solle schlechterdings sein letzter Wille seyn und bleiben; und wenn er auch etwas anders diesem zuwider verordnen sollte, so wolle er solches hiemit zum voraus für null und nichtig erklären. Diese Clausel ist ohne Wirkung. Sie hindert den Testator nicht, das erste Testament zu ändern. Denn Niemand ist im Stande, sich durch eine einseitige Erklärung eine Verbindlichkeit dergestalt aufzulegen, daß er nicht wieder davon abgehen könnte. Indessen legen doch viele Juristen jener Clausel einige Wirkung bey. Sie behaupten nemlich, daß ein Testament, dem sie angehängt ist, nicht anders entkräftet werde, als wenn der Testator im letzten Testament des erstern gedenke, und es ausdrücklich aufhebe (*)).

Einschränkungen der obgedachten Regel sind: erstlich, wenn das erste Testament durch das letzte soll rumpirt werden, so muß das letzte gültig seyn. Das erste also wird nicht rumpirt, z. E. wenn das letzte nullum oder iniustum ist,

ist, weil der Vater darin seinen Sohn übergangen hat, weil es an der gehörigen Anzahl der Zeugen fehlt, weil es nicht vollendet, *imperfectum*, ist (*²) u. s. w. Zweytens: wenn das letzte leer ist. Es findet sich ein von Zeugen unterschriebenes und untersiegeltes Papier, das aber übrigens unbeschrieben ist, ein Fall, der sich indessen schwerlich in der Welt je zugetragen haben möchte. Drittens: wenn in dem letzten ein Erbe unter einer Condition *de praesenti* oder *de praeterito* eingesetzt ist, welche nicht existiret. Z. E. im Jahr 1770. macht Jemand sein erstes Testament. Im Jahr 1780. den 1ten Februar macht er das zweyte, und sagt darin: wenn an dem heutigen Tage, da ich dieses Testament mache, A. schon Doctor der Rechte ist, so soll er mein Erbe seyn. Als der Testator gestorben ist, und das Testament eröffnet wird, zeigt sichs, daß A. am ersten Febr. 1780. noch nicht Doctor war. Jetzt ist das erste Testament durch das letzte nicht rumpirt. Denn das letzte Testament war gleich anfangs ungültig, weil die Condition der Erbeseinsetzung nicht existirte; folglich kann das erste dadurch nicht rumpirt werden. Ganz anders verhält es sich, wenn der Testator im letzten Testament eine Condition *de futuro* beyfügt. Diese mag unmöglich oder möglich seyn, existiren oder nicht existiren; so ist doch das Testament, worin sie vorkommt, nicht schon gleich anfangs ungültig gewesen, mithin, wie ich schon vorhin bemerkte, das erste Testament rumpirt. Z. E. wenn es im letzten Testament heißt: A. soll mein Erbe seyn, wenn er Doctor werden wird. In diesem Falle ist das erste Testament ruptum, A. mag nun Doctor werden oder nicht. Denn existirt die Condition, oder wird als nicht beygefügt angesehen, so bleibt das letzte Testament gültig, also das erste ist ungültig. Deficirt die Bedingung, so wird das letzte Testament zwar destitutum; dadurch aber kommt das erste nicht wieder zu Kräften (*³).

Vierte Einschränkung. Wenn ein Testator zwey Testamente macht, in dem letzten nur einen Erben auf eine gewisse Sache ernennt, und erklärt, daß das erste nicht aufgehoben seyn solle: so gilt das erste, zwar nicht als ein Testament, aber doch als Codicill oder Fideicommiß, und das zweyte gilt auch. Also der im letzten Testament eingesetzte Erbe tritt die Erbschaft an, und giebt sie dem Erben, der im ersten eingesetzt ist, heraus. Nur die einzelne Sache, welche ihm angewiesen ist, behält er (*⁴).

Noch ist die Frage zu berühren, was Rechtens sey, wenn sich zwey Testamente finden, welche einerley Datum haben? Nach dem Civilrecht galt keins davon. Der Prätor aber erhält beyde, giebt den in beyden Testamenten eingesetzten Erben bonorum possessionem secundum tabulas. Diesen Satz lehrt Ulpian in der L. 1. §. 6. de B. P. sec. tab. und er ist deswegen sehr merkwürdig, weil sonst die Regel ist: paganus cum duobus testa-

mentis decedere nequit. Der Prätor setzt voraus, daß die mehreren Testamente einerley Datum haben, *duos codices simul signatos*, wie Ulpian sagt, und sieht sie als *plures tabulas eiusdem testamenti*, oder nach Ulpians Ausdruck, *pro unis tabulis* an. Sein Edict läßt sich also nicht auf den Fall ausdehnen, wenn sich zwey Testamente finden, deren keins ein Datum hat, oder nur Eins datirt ist (*5).

Wir gehen nun zur zweyten Art, ein Testament umzustoßen, wenn der Testator vor Zeugen erklärt, daß sein Testament nicht gelten solle. Hier bemerke man, wenn man ein Testament vor einem oder vor zwey Zeugen wiederruft, so thut es dem Testament nicht den mindesten Schaden; es behält seine Gültigkeit. Wie aber, wenn man es vor drey, vier, fünf, sechs oder sieben Zeugen, oder auch vor Gericht wiederruft? Die Rechtslehrer sind hierüber sehr verschiedener Meynung. Ich trete denen bey, welche behaupten: keine vor Zeugen geschehene Revocation entkräftet das Testament sogleich, wenn sie auch vor sieben Zeugen oder vor Gericht geschieht, sondern es muß noch jedesmal der Ablauf des Decenniums nach Errichtung des Testaments hinzukommen. Wenn ein Testament vor mehr als zwey Zeugen oder auch vor Gericht wiederrufen und dabey älter als 10 Jahre ist, so gilt es nicht mehr. Ist es hingegen noch keine 10 Jahre alt, so gilt es. Also gesetzt im Jahr 1770. hat Jemand ein Testament gemacht; im Jahr 1775. wiederruft er es vor drey oder mehr Zeugen, oder gerichtlich, im Jahr 1776. stirbt er. Dieses Testament ist nicht ruptum; denn es ist noch keine 10 Jahre alt. Hingegen man nehme an: das Testament ist im Jahr 1770 gemacht, im Jahr 1775. wiederrufen worden, und im J. 1781. ist der Testator gestorben. Jetzt ist das Testament als ruptum ungültig. Also Revocation und Ablauf von 10 Jahren müssen zusammen kommen, wenn das Testament rumpirt werden soll (*6). Daß die 10 Jahre übrigens nicht von der Zeit der Revocation, sondern von der Verfertigung des Testaments an laufen, erhellet aus dem bisher Gesagten; und wenn verschiedene Juristen sie von der Revocationszeit an zählen wollen, so ist ihre Meynung den klaren Worten des Gesetzes entgegen (*7).

Die dritte Art ein Testament zu rumpiren, besteht darin, wenn man eine Handlung damit vornimmt, welche zu erkennen giebt, daß es nicht gelten soll; wenn man es verbrennt, zerreißt ꝛc. Nur wird dabey erfordert, a) daß der Testirer selbst, oder ein Anderer auf seinen Befehl diese Handlungen unternommen habe; b) daß es der Testirer vorsetzlich gethan (*8); c) daß das ganze Testament zerrissen, zerschnitten oder durchstrichen; d) daß das zernichtete Exemplar das einzige sey: denn hat der Testirer von mehreren Exemplarien Eins vernichtet, so schadet es dem Testament nichts. Wie aber, wenn es zweifelhaft ist, ob der Testirer selbst, oder ein Anderer auf dessen

Geheiß das Testament zernichtet habe; desgleichen wenn es zweifelhaft ist, ob die Zernichtung vorsetzlich geschehen sey, wem liegt der Beweis auf? Wenn sich das Testament in des Testators eigener Verwahrung befindet, so ist anzunehmen, daß er es selbst, oder ein Anderer auf dessen Geheiß zernichtet habe, auch daß die Zernichtung vorsetzlich geschehen sey. Hat aber jemand anders das Testament in Verwahrung, so ist das Gegentheil zu vermuthen. Indessen kommt vieles auf die Umstände an. Ist nur ein Theil des Testaments durchstrichen, so muß man zusehen, ob es ein wesentlicher oder zufälliger Theil ist. Sind z. E. die Namensunterschriften des Testators und der Zeugen, die Erbeseinsetzung durchstrichen, so ist das Testament ruptum; doch können im letzten Fall die Legatarien ihre Vermächtnisse fordern. Ist nur der Name Eines Miterben oder Eines Legatars durchstrichen, so bekommt nur er nichts (**).

(1) Z. E. *Sande* Decis. Fris. lib. 4. tit. 1. def. 10. Allein diese Meynung ist aus den Gesetzen nicht zu erweisen. *Faber* error. pragmat. dec. 37. error. 7. sqq. dec. 38. error. 1. *Merenda* controv. lib 4. cap. 49. *Hert*. diss. de lege, clausula ut ne abrogari unquam possit, vallata, sect. 1. §. 8. in opusc. vol. 1. part. 3. p. 7. Die Gesetze, welche man dafür anführt, sind L. 12. §. fin. L. 14. pr. D. de legat. I. iunct. L. 22 de legat. III. Sie reden aber von Vermächtnissen, die in Einem und demselben Testament hinterlassen sind. Von diesem Fall läßt sich auf den hier vorliegenden, wo von mehreren zu verschiedener Zeit verfertigten Testamenten die Rede ist, nicht schließen. Selbst alsdann, wenn der Testirer eydlich versichert hätte, er wolle sein Testament nicht wieder ändern, – clausula adiuratoria –, würde es durch ein nachher gemachtes Testament rumpirt werden. *Struv*. Ex. 32. th. 38. – Wie aber, wenn der Testator in dem ersten Testamente gewisse Merkmale angegeben hätte, woran man in der Folge erkennen sollte, ob ein nachheriges Testament auch sein freyer und ernstlicher Wille gewesen sey? Man vergleiche hiebey *Henr. Coccii* Diss. de clausul. testam. in Eiusd. Exercit. curios. Vol. 1. W.

(2) Vor dem Kaiser Pertinax scheint es zweifelhaft gewesen zu seyn, ob das zweyte Testament gültig seyn müsse, wenn das erste rumpirt werden soll. Er ließ daher ein SCtum machen, ne alias tabulae priore iure factae irritae fiant, nisi sequentes iure ordinatae et perfectae fuerint §. 7. I. h. t. Ausführlich handelt von dieser Verordnung *Aug. Friedr. Schott* comment. ad orationem Pertinacis de testamento posteriori imperfecto, prius perfectum haud rumpente, in opusc. p. 41. sqq. Daß in dem Fall, wenn die Intestaterben im ersten Testament ausgeschlossen, im zweyten aber eingesetzt sind, das letzte gelte, obgleich nur fünf Zeugen zugezogen sind, haben wir oben (§. 463.) gehört. Ist überhaupt das zweyte Testament in einer privilegirten Form an sich gültig gemacht, so wird das erste dadurch der Regel nach immer aufgehoben L. 36. §. ult. D. de testam. milit. L. 2. D. de iniusto rupto. etc. testam. Die angeführten Worte §. 7. I. h. t. beziehen sich nur auf die Fälle, wo das nachfolgende Testament ohne Beobachtung der Feyerlichkeiten an sich nicht gelten würde. Nur bey Testamenten der Eltern unter ihren Kindern findet die besondere

Vorschrift Statt, daß sie nur in der ordentlichen Form der Testamente gültig wieder aufgehoben werden können. Nov. 107. c. 2. vergl. jedoch Hombergk's Uebersetzung derselben. Die Ausleger sind indessen über diesen Punct noch streitig. *Voet.* comment. ad Pand. XXVIII. 3. 3. *Pregel* (*J. C. Koch*) de testamento rupto §. 7. Die Notariats-Ordnung Maximilians I. drückt sich hierüber etwas undeutlich aus verb. in dem Fall da kein anderer ihr Testament zuvor gemacht. In der lateinischen Uebersetzung steht deutlicher: ubi nullum aliud testamentum praecedit, quod infirmandum sit. W.

(3) Der Sitz dieser Materie ist L. 16. D. de iniust. rupt. irr. Die Fälle, wo das erste Testament durch das zweyte nicht aufgehoben wird, erzählt vollständig *Ach. Lud Car. Schmid* diss. de testamento priore posteriori derogante, Ien. 1755.

(4) Ist der Werth dieser Sache mit dem vierten Theil der ganzen Erbschaft gleich, so muß das Fehlende aus der übrigen Erbschaft zugelegt werden. §. 3. h. t. Man sieht diese Disposition als ein Fideicommiß an. Wie aber, wenn in dem letzten Testament der Erbe nicht auf eine gewisse Sache ernannt ist? Z. E. im ersten ist A., im letzten B. schlechtweg eingesetzt, und der Erblasser hat dabey erklärt, das erste Testament solle durch dieses letzte nicht aufgehoben seyn. S. §. 454.

(5) *Mollenbec.* diss. de duobus testamentis simul validis; cap. 5. §. 6. *Phil. Wasmuth* diss. de duobus testamentis diversis temporibus, et sine die et consule signatis (Ling. 1722.) §. 11. sqq. Viele behaupten indessen das Gegentheil z. E. *Stryk* de success. ab intest. diss. 9. cap. 4.

(6) Nach einer Verordnung des Kaysers Honorius in der L. 6. Cod. Theodos. de testam. et codicill. soll ein Testament ungültig seyn, sobald es zehn Jahre alt ist, wenn es auch gleich der Testator nicht wiederrufen hat. Der Gesetzgeber glaubte vermuthlich, binnen 10 Jahren veränderten sich die Verbindungen und Gesinnungen eines Menschen dergestalt, daß man nicht annehmen könne, er wolle noch eben das, was er vor 10 Jahren gewollt hat. *Iac. Gothofredus* ad dict. leg. tom. 1. p. 368. vers. possim tamen etc. und vorzüglich *Herm. Cannegieter* obs. iur. rom. lib. 1. cap. 6. Justinian aber änderte dieses Honorische Gesetz in der L. 27. Cod. de testam. (VI. 23.) indem er festsetzte: ein Testament solle durch das Alter von 10 Jahren allein nicht ungültig werden. Nur alsdann, wenn der Testator, vor wenigstens drey Zeugen oder gerichtlich erkläre, daß das Testament nicht gelten solle, und zehn Jahre verstrichen wären, solle das Testament ungültig seyn; oder wie die Worte selbst lauten: Sin autem testator tantummodo dixerit, non voluisse prius stare testamentum vel aliis verbis utendo contrariam aperuerit voluntatem, et hoc per testes idoneos, non minus tribus, vel acta manifestaverit, et decennium fuerit emensum: tunc irritum est testamentum; tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali. Diese Verordnung wird auf dreyerley Art erklärt: 1) Einige, z. E. *Marckart* interpret. receptar. lection. lib. 2 cap. 1. sagen, ein Testament werde durch die Revocation vor 7, 6, 5, 4 oder drey Zeugen sogleich umgestoßen. Denn Justinian verordne nur, das Testament solle aus dem Grund allein nicht ungültig seyn, wenn es 10 Jahre alt wäre, er wolle, daß zu dem Ablauf der 10 Jahre noch die Revocation hinzukommen müsse; er wolle aber nicht, daß, wenn die Revocation geschehen sey, auch noch der Ablauf von 10 Jahren dazu kommen solle. Ich halte diese Meynung für unrichtig. Denn wenn Justinian nicht gewollt hätte, daß jedesmal beydes zusammen

da seyn sollte, Revocation und Ablauf des Decenniums: so hätte er ohne die größte Ungereimtheit im Gesetze nicht sagen können: si hoc per testes manifestaverit, *et decennium fuerit emensum;* und eben so wenig: tunc irritum est testamentum *tam ex contraria voluntate quam ex cursu temporali.* Die contraria voluntas thäte ja allein diese Wirkung, und der cursus temporis trüge nichts dazu bey. 2) Andere z. E. ICti Marburg. tom. 1. consil. 34. n. 48. pag. 514. *Mantica* de coniectur. ult. vol. lib. 2. tit. 15. n. 19. *Püttmann* interpret. et observat. cap. 27. *Schott* diss. cit. cap. 9 in opusc. cap. 80. *Petr. Greve* diss. de mutatione et revocatione testamenti, tam quoad modum, quam quoad effectum (Goett. 1789.) §. 9. sind der Meynung, die Revocation vor 7 Zeugen benehme dem Testament sogleich seine Gültigkeit. Würde es hingegen vor 6, 5, 4 oder 3 Zeugen wiederrufen, so verliere es seine Kraft erst, nachdem es 10 Jahre alt geworden sey. Auch dieser Meynung kann ich nicht Beyfall geben. Ich nehme also die dritte im §. vorgetragene an: keine Revocation vor Zeugen benimmt dem Testament sogleich seine Gültigkeit. Dieß erhellet daraus, daß Justinian sagt: wenn das Testament vor wenigstens drey Zeugen widerrufen wird, und das Decennium verstreicht, so gilt es nicht. Diese Worte sind allgemein, und begreifen auch die Revocation vor sieben Zeugen in sich. Ferner sagt Justinian: wenn das Testament vor wenigstens drey Zeugen, oder vor Gericht wiederrufen wird, und der Ablauf von 10 Jahren hinzukommt rc. Nun aber kann die Revocation vor sieben Zeugen nicht mehr Wirkung haben, als die Wiederrufung vor Gericht. Also ist auch jene, so wenig als diese allein hinreichend, das Testament zu entkräften. Diese Meynung vertheidigen *Merenda* controv. lib. 3. cap. 44. *Fabr.* de error. pragmat decad. 39. err. 6. *Vinnius.* ad §. 7. I. h. t. n. 1. 2. *Bachov* ad *Treutler.* vol. 2. disp. 10. th. 7 lit. B. *Struv.* ex. 32. th. 42. *Stryk*, de caut. testam. cap. 24. §. 36. *Lauterbach.* coll. th. pr. tit. de iniust. rupt. irrit. §. 13. *Cocceii* iur. controv. ibid. qu. 9. *Bardili* diss. de revocatione ult. vol. cap. 2 §. 15. *Herm. Cannegieter* l. c. cap. 5. *Heisler* diss. an et quatenus testamentum parent. int. lib. aliud testamentum anterius rumpat. (Hal. 1779.) cap. 1. §. 4. sqq. *I. F. Pregel.* (*I. C. Koch.*) diss. de testamento rupto (Giss. 1780) §. 8. — Dieß vorausgesetzt ist auch die Behauptung Westphal's von Testamenten §. 917. daß diejenigen, welche privilegirte Testamente machen können, auch in eben dieser privilegirten Form blos mündlich wiederrufen dürfen, außer den Soldaten, nicht als ausgemacht anzunehmen. — W. Einige ältere Juristen behaupten, wenn der Erblasser nicht allein erklärt habe, daß das Testament nicht gelten solle, sondern zugleich: er wolle die Intestatfolge gelten lassen (volo decedere intestatus), so werde das Testament sogleich ungültig. Diese Meynung ist aber ohne allen Grund. *Vinn.* l. c. n. 3. Auch bey mündlichen Testamenten muß der Ablauf von 10 Jahren zu der Revocation kommen, wenn sie wirksam seyn soll, da das Gesetz allgemein redet, *Stryk.* cautel. test. cap. 24 §. 35. *Bardili* l. c. §. 13. sqq. Cramer N. St. 107. Th. 4. St. Zwar *Vinn.* l. c. n. 3. ist nebst Mehreren anderer Meynung. Allein sein aus der L. 35. D. de R. I. hergenommenes Argument ist schwach. Seltsam ist die Verordnung Justinians immer, dieß will ich nicht läugnen. Denn ein Testament geht sogleich zu Grunde, wenn ich ein anders mache, wenn ich es zerschneide u. s. w. Warum soll es nicht eher als nach 10 Jahren ungül-

tig werden, wenn ich es vor sieben Zeugen oder gerichtlich wiederrufe? Justinian wollte das Honorische Gesetz verbessern, und machte die Sache schlechter. Daß es also, wenn das erste Testament noch nicht 10 Jahre alt ist, rathsamer ist, ein zweytes zu machen, als das erste bloß aufzuheben, erhellet von selbst.

(7) *Hannesen* diss. (sub praesid. *Gebaueri*) de testamenti accedente decennii lapsu revocatione, (Goett. 1756.) §. 7. Hertels Thee- und Caffeetasse S. 137.

(8) *Scip. Gentilis* tr. de error. testamentor. cap. 5. welcher vorzüglich nachzusehen ist.

(9) *Lauterbach* colleg. tit. de iniust. rupt. irr. §. 14. sqq. *I. H. Boehmer* diss. de scripturis non legibil. cap. 3. Ex. ad Pand. tom. 4. p. 315. sqq. *Westenberg*. in D. Marco diss. 40. *Pufendorf* tom. 1. obs. 137. Was ist Rechtens, wenn der Testirer sein mündlich erklärtes Testament schriftlich aufsetzen läßt, und nachher diesen Aufsatz zerreißt rc. *Vinn.* ad §. 2. h. t. n. 3. — — Vergleiche jedoch *Hofacker* princ. iur. civ. Rom. Germ. §. 1270. 1271. 1354. Vieles wird hiebey auch von der besondern Beschaffenheit des schriftlichen Aufsatzes und der eigentlichen Bestimmung desselben abhangen. In Ansehung der schriftlich vollzogenen Testamente ist die Meynung A. S. P. Semler's, daß nach einer, obgleich vom Testator nicht gewollten Vertilgung derselben, auch der sonst erweisliche Inhalt ohne Wirkung sey; man sehe Hagemann's und Günther's Archiv. für die Rechtsgel. II. 5. und. V. 2. rc. mit den Gesetzen nicht zu vereinbaren. Vergl. Westphal v. Testamenten §. 919. rc. und *Pufendorf*. observat. c. 1. 37. 138. W.

§. 519. Zuweilen erhält der Prätor die rumpirten Testamente.

Ein rumpirtes Testament geht ganz mit allen seinen Verordnungen zu Grunde (*1). Doch zuweilen ward es vom Prätor erhalten. Dieser setzte nemlich die Regel fest: wenn der Umstand, wodurch das Testament rumpirt worden ist, noch bey Lebzeiten des Testators wieder wegfällt, so soll das Testament gelten, und der darin ernannte Erbe bonorum possessionem verlangen können. Dahin gehören folgende Fälle: 1) wenn der postumus, welcher das Testament rumpirt hat, noch vor dem Vater gestorben ist. Ich sage, vor dem Vater. Denn stirbt er nach ihm, so fällt die Verlassenschaft auf seine Erben. 2) Wenn das erste Testament durch ein zweytes rumpirt worden ist, der Testator aber das letzte wieder zernichtet hat, in der Absicht, daß das erste gelten solle (*2). Schmid (*3) rechnet auch hieher 3) den Fall, wenn im letzten Testament ein Erbe unter einer Condition de futuro ernannt ist, und diese nicht existiret. Diese Meynung aber halte ich für offenbar falsch. Denn hier wird das zweyte Testament erst nach dem Absterben des Testators ungültig (S. §. 518. Dritte Einschränkung).

(1) Dieses ist nach dem alten Recht ausser Zweifel L. 17. D. de iniust. rupt. irr. test. L. 1. C. de post. hered. (VI. 29.). Allein wie steht es nach der 115. Novelle? Diejenigen, welche der Meynung sind, daß nach dem Recht der Novellen ein Testament, worin ein suus übergangen ist, nicht völlig zu Grunde gehe (§. 528.), behaupten auch, daß in dem Fall, wenn der Vater einen

postumum wissentlich übergehe, die Vermächtnisse und andere Verordnungen des Testaments bey Kräften bleiben. Man s. *Carpzov.* p. 3. Const. 9. def. 4. et 5. (§. 517. Not. s.).

(a) Diese Absicht ist facti, muß also erwiesen werden. Der Erbe aus dem ersten Testament muß zeigen, daß der Testator jene Absicht mündlich oder schriftlich erklärt habe. *Stryk* de success. ab intestat. diss. 9. cap. 4. §. 32. Anderer Meynung ist *Schmid* diss. (§. 518. not. 1.) cit. §. 7. Führt der Erbe den Beweis nicht, so gilt keins von beyden Testamenten. *Vinn.* ad §. 6. h. t. n. 3.

(b) *Schmid* diss. cit. §. 8.

§. 520. Was ist testamentum irritum?

Irritum heißt ein Testament, wenn der Testator den bürgerlichen Zustand verliert, der zur Testamentserrichtung nöthig ist; das heißt, wenn er die größte, mittlere oder geringste Capitis Deminution leidet. Denn durch die größte Capitis Deminution wird er ein Sklave; durch die mittlere verliert er das Bürgerrecht, und wird als ein Fremder angesehen; durch die geringste wird er ein filius familias. Nun kann aber kein Sklave, kein Fremder und filius familias testiren; und das Römische Recht hat die Regel: wenn das Testament gelten soll, so muß der Testator nicht nur zur Zeit der Testamentserrichtung den zum Testiren erforderlichen Zustand haben, sondern er muß ihn auch bis zu seinem Absterben behalten (*1). Also ist offenbar, daß in allen eben beschriebenen Fällen das Testament ungülitg werden muß (*2).

(1) Nemlich den dreyfachen bürgerlichen Zustand. Wenn er nach Errichtung des Testaments rasend, oder ein Verschwender, oder taubstumm, oder blind wird, so schadet es dem Testament nicht. S. oben §. 467. und 459. Die Ursache, warum nur der Verlust jenes Zustandes dem Testament schadet, zeigt *Vinn.* ad §. 1. I. quib. non est permiss. n. 3. Er sagt: his modis (wenn der Testator den bürgerlichen Zustand verliert) non tantum amittitur testamenti factio, sed etiam conditio personae testatoris sic mutatur, ut omnino testamentum habere non possit, ac ne heredem quidem. Furiosus vero et prodigus, etsi testamentum facere non possunt, nihil tamen prohibet, quo minus heredem ex testamento antea facto habeant, et praecedens eorum voluntas exitum sortiatur.

(2) Auch in Deutschland wird ein Testament durch die geringste Capitisdeminution irritum. *Beyer* ad l. h. t. n. 25. — — Nicht aber durch den Verlust der persönlichen Freyheit, noch des Bürgerrechts. (§. 70. 465. 466.) W.

§. 521. Zuweilen wird es wieder gültig.

Indessen kommt dieser Art von Testamenten zuweilen das Civilrecht, zuweilen der Prätor zu Hülfe. Das Civilrecht: wenn nemlich der Testator in die feindliche Gefangenschaft gefallen, und dadurch sein Testament irritum geworden ist; so kann es durch die Fiction des Cornelischen Gesetzes, oder durch das ius postliminii erhalten werden (§. 564). Der Prätor aber gieng noch weiter; er stellte den Satz auf: wenn das Testament durch den Verlust des bür-

gerlichen Zustandes irritum geworden ist; der Testator aber vor seinem Tode den verlohrnen Zustand wieder erhalten hat; das ist, als ein Römischer Bürger und pater familias gestorben ist: so soll der eingesetzte Erbe die Verlassenschaft (bonorum possessionem) erhalten. Nur ist zu bemerken: wenn der Testator arrogirt, und dadurch das Testament irritum geworden, der Arrogirte aber nachher wieder emancipirt worden ist: so ist, um dem Testament seine Gültigkeit wieder zu geben, nöthig, daß der Testator erklärt, er wolle, daß sein Testament gelten solle. Die Ursache ist: wer arrogirt wird, willigt in die Arrogation, willigt also zugleich in die Aufhebung seines zuvor gemachten Testaments. Daher ist nöthig, daß er auch nachher wieder erkläre, daß das Testament gelten solle (*1).

(1) *Vinn.* ad §. 6. h. t. n. 4.

§. 522. Was ist testamentum destitutum?

Ein Testament heißt *destitutum* oder *desertum*, wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft entweder ausschlägt, oder wenn er sie nicht antreten kann, weil er a) vor dem Testator, oder b) zwar nach dem Testator, aber doch eher gestorben ist, als er die Verlasserschaft auf seine Erben transmittiren konnte (§. 546.); oder c) weil er nach der Errichtung des Testaments unfähig geworden ist, eine Erbschaft zu erhalten; oder endlich d) weil die Bedingung der Erbeseinsetzung nicht erfüllt worden ist (*1). In allen diesen Fällen ist das Testament ungültig, und die Intestaterben gelangen zur Verlassenschaft, ohne daß sie schuldig sind, die im Testament ausgesetzten Vermächtnisse zu bezahlen (*2).

(1) *Car. Frid. Zepernick* diss. de testamenti destituti viribus, diss. I. Hal. 1773. diss: II. Hal. 1774.

(2) Allein ist dieß in der Nov. 1. nicht abgeändert? Es kommt alles auf die Frage an: ob diese Novelle vom testamento destituto, oder nur von dem Fall handelt, wenn der Testamentserbe angetreten hat, aber gleichwohl die Vermächtnisse nicht auszahlt. Das letzte behaupten *Lauterbach* diss. de testamento destit. th. 27. sqq. *Stryk* de success. ab intest. diss. 1. cap. 1. th. 30. sqq.; jenes *Zepernick* diss. cit. I. §. 12. sqq. Ist die Codicillar-Clausel dem Testament angehängt, so wirkt sie soviel, daß die Vermächtnisse bezahlt werden müssen, wenn das Testament gleich destituirt wird. *Seger* diss. de vi et facultate clausulae codicillaris testamento destituto, Lips. 1767.

§. 523. Was ist testamentum rescissum?

Die sechste Art von ungültigen Testamenten sind die *rescissa*. Man heißt ein Testament *rescissum*, wenn jemand querelam inofficiosi dagegen angestellt, und den Proceß gewonnen hat. Was das heißt, wird im folgenden Titel erklärt werden.

TIT.

TIT. XVIII.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO (*).

§. 524. Was ist die Wirkung der Exheredation und Präterition?

Wir wissen, was die Enterbung und Präterition ist (§. 474.); haben auch die Form der erstern (§. 476.) und die gerechten Ursachen derselben (§. 477. u. f. gehört. Dieser Titel beschreibt die Wirkungen, sowohl der Enterbung, als der Präterition. Sie sind: daß der Enterbte oder Uebergangene zuweilen das Testament rumpiret (§. 517.), zuweilen es als nichtig (nullum) anfechten, zuweilen *bonorum possessionem contra tabulas* suchen, und zuweilen *querelam inofficiosi* anstellen kann.

(*) Bey diesem Titel sind vorzüglich nachzulesen: E. C. Westphal von Testamenten §. 1006. 2c. G. J. Stein von pflichtwidrigen Testamenten, und den Rechtsmitteln wider dieselben. Erlangen 1798. *I. C. Koch* Bonorum possessio. Litterarisches Testament 2c. Gießen 1799. besonders §. 8. *Eduard Schrader* comment. de nexu successionis ab intestato et querelae inofficiosi. Goetting. 1802. W.

§. 525. Fortsetzung.

Nemlich 1) wenn jemand schon zur Zeit des errichteten Testaments vorhanden ist, der nothwendig, vermöge der, vor der 115ten Novelle schon bestandenen Civilgesetze hätte müssen eingesetzt, oder enterbt werden, gleichwohl nicht eingesetzt, auch nicht *rite* enterbt, sondern übergangen ist: so ist das Testament gänzlich null (vergl. jedoch §. 528 2c.). Wenn hingegen 2) jemand erst nach Verfertigung des Testamentes mit dem Testator in eine solche Verbindung kommt, vermöge der er nach den Civilgesetzen hätte eingesetzt, oder enterbt werden müssen, gleichwohl aber übergangen ist: so rumpirt er das Testament. 3) Wer übergangen ist, da er doch nach dem Edict des Prätors hätte eingesetzt oder enterbt werden müssen, sucht bonorum possessionem contra tabulas, und stößt dadurch das Testament um. 4) Wenn jemand a) auf eine erlaubte Art übergangen, das heißt, wenn ein solcher übergangen ist, der weder nach dem Civilrecht, noch nach dem Prätorischen Edict nothwendig eingesetzt oder enterbt werden muß; oder auch b) wenn jemand nach der schon in den alten Gesetzen bestimmten Form (rite) enterbt ist, so muß er nach dem Recht des Codex querelam inofficiosi anstellen. Nach der 115. Novelle aber muß weiter distinguirt werden: wenn Kinder oder Eltern auf erlaubte Art übergangen, oder *rite* enterbt sind; so ist entweder eine gesetzliche Ursache angeführt, oder nicht. Im ersten Fall kann querela inofficiosi angestellt und die Erbeseinsetzung umgestoßen werden, wofern nemlich die angeführte Ursache falsch ist; im letzten hat *querela nullitatis iuris novi* Statt,

wodurch ebenfalls die Erbeseinsetzung, den übrigen Verordnungen des Testaments unbeschadet, umgestossen wird. Viele (*¹) behaupten zwar, daß auch nach dieser Novelle nur querela inofficiosi, und nicht querela nullitatis Statt habe, wenn Kinder oder Eltern ohne Anführung einer gesetzlichen Ursache ausgeschlossen wären. Ich kann aber dieser Meynung nicht beypflichten. Denn die in der Novelle vorgeschriebene Form ist nicht beobachtet; was aber nicht nach der gesetzlichen Form geschieht, ist null. Das Wesen der querelae inofficiosi besteht darin, daß der Kläger behauptet, er habe die Enterbung nicht verdient. Ist aber die Vorschrift der Novelle nicht beobachtet, so kommt nichts darauf an, ob der Enterbte die Enterbung verdient habe, oder nicht. Ein Testament ist inofficiosum, wenn es gegen die Pflichten des Testators (contra officium pietatis) streitet. Man kann aber nicht sagen, daß es mit diesen Pflichten unvereinbar sey, wenn keine Ursache der Enterbung angeführt ist (officium pietatis non consistit in causae expressione). Im Gegentheil kann der Testirer aus schonender Liebe die Ursache verschwiegen haben (*²).

Man denke nicht, daß diese Sätze ohne practischen Nutzen seyen. Nein; denn testamentum nullum und inofficiosum, sodann die drey Klagen, querela nullitatis, querela inofficiosi, und das Gesuch um bonorum possessionem contra tabulas, sind sehr verschieden. 1) Ist ein Testament, worin keine gesetzliche Ursache steht, nur inofficiosum, so wird dadurch ein vorhergehendes Testament rumpiret; ist es hingegen nullum, so hat es diese Wirkung nicht. 2) Die querela nullitatis dauert 30 Jahre, die querela inofficiosi nur fünf. 3) Jene geht auf die Erben, diese nicht, ausser wenn sie vorbereitet ist (§. 535.). 4) Jene wirft zuweilen das ganze Testament um (§. 535.); diese, wenn sie von Eltern und Kindern angestellt wird (vergl. §. 535. not. 1), allezeit nur die Erbeseinsetzung. 5) Gegen die querelam inofficiosi kann der Beklagte excipiren, daß die Ursache der Enterbung wahr sey; der Nullitätsquerel hingegen kann man mit der Einrede: die Ursache der Enterbung ist wahr, oder ich will beweisen, daß eine gerechte Ursache vorhanden sey, nicht begegnen (*³). 6) Die bonorm possessio ist a) von beyden Querelen darin unterschieden, daß Kinder und Eltern binnen einem Jahr, andere Personen binnen 100 Tagen gerichtlich darum bitten müssen, welche Zeiten aber erst vom Tage der Wissenschaft an laufen, das heißt, von der Zeit an, da man erfährt, daß einem eine Erbschaft angefallen sey; b) daß, anstatt die querela nullitatis ex iure antiquo das ganze Testament umwirft, und die querela inofficiosi nach der Nov. 115. blos die Erbeseinsetzung, durch die B. P. contra tabulas man zwar die Erbschaft erhält, aber in gewissen Fällen doch die legata bezahlen muß (*⁴).

Ich muß indessen wiederholen, was ich oben (§. 476.) erinnerte: daß nemlich die in den alten Römischen Gesetzen vorgeschriebene Form der Enter-

bung sich auf das Formularrecht gründet, und daher diese Gesetze in Deutschland keine Anwendung finden. Daraus folgt dann, daß bey uns die querela nullitatis ex iure antiquo nur alsdann angestellt werden könne, wenn jemand völlig mit Stillschweigen übergangen ist, daß sie hingegen wegen einer unförmlichen (nicht rite geschehenen) Enterbung nicht Statt findet.

(1) Neuerer Zeit hat diese Meynung vorzüglich in Schutz genommen Koch bonor. poss. §. 8. p. 134. sqq Er unterscheidet eigentlich drey Fälle, 1) wenn die Ausschließung schon nach der ältern Form vor der Nov. 115. als ungültig anzufechten ist. Hier haben die sui auch noch querelam nullitatis ex iure antiquo, welche das ganze Testament umwirft. Die non sui aber suchen bonorum possessionem contra tabulas. 2) Wenn sie nur nach der Form der Nov. 115. anzufechten, z. B. wenn gar keine oder keine gesetzliche Ursache der Ausschliessung ausgedruckt ist. Hier haben sui und non sui nur querelam inofficiosi. Die querela nullitatis ex iure novo wird dabey ganz verworfen. 3) Wenn die Ausschließung beydes nach älterm und neuerm Rechte an sich gültig, indem eine gesetzliche Ursache dabey ausgedruckt worden ist, so kann nur die Frage davon seyn, ob diese in facto wahr sey oder nicht. Ist jenes, so besteht das Testament. Ist aber dieses, so findet querela inofficiosi dagegen Statt. Man sehe übrigens auch *Fachineus* controv. lib. 4. cap. 9 *Vinn.* ad prooem. Inst. h. t. n. 3. et in quaest select. lib. 2. cap. 21. *Reinold* diss. de causis, in quibus etiam nunc querela inoff. testam. est necessar. §. 15. sqq. in opusc pag. 352. sqq. (wo er auch die Argumente von Cocceji widerlegen will, aber schlecht widerlegt.) *Huber* ad I. tit. de exhered. lib. n. 13. 14. *Franzk* ex. 6. qu. 4. *Poll* de exhered. cap. 19. et 23. *Voet.* ad Pand h. t. n. 23. *Finestres* ad tit. de lib. et post. p. 136 sqq. *Io. Nic. Schedell* diss. de eo quod circa materiam exheredationis et praeteritionis Nov. 115. cap 3 mutatum est. (Giess. 1725.) Sect. 2. §. 15 *Du Roi* diss de testamento ob exheredationem sine elogio factam non ipso iure nullo Helmst. 1780. Strube rechtl. Bed. 1. Band, 132. Bed. *Pufendorf* tom. 4. obs. 76. §. 10. welche beyde letzten folgenden Fall haben: Jemand setzte seine Ehefrau zum Erben ein, und überging seine Mutter ohne Anführung einer Ursache. Die Mutter starb; darauf auch der Testirer, und nun verlangten dessen Brüder die Erbschaft. War das Testament nur inofficiosum, so konnten die Brüder nichts fordern; denn die Mutter hatte querelam inofficiosi nicht angestellt, und, da sie vor dem Testirer gestorben war, nicht anstellen können. War es hingegen, und zwar in allem Betracht null, d. i. nicht bloß in Ansehung der übergangenen Mutter (siehe die folg. Note), so konnten die Brüder die Erbschaft verlangen. Man sehe dagegen Koch l. c. pag. 435. vergl. auch §. 660. Note 3 W.

(2) Noch mehr Grund findet man bey den Vertheidigern dieser Meynung: *Hunn.* in resolut. p. 432. qu. 18. *Schilter* Ex 18. th. 14. *Bachov* ad *Treutler* vol. 1. disp. 13. th 1. lit. F. *Thomas.* ad *Huber*. tit. de lib. exher. n. 2. *Struv.* ex. 10. th. 15. *Stryk* in V. M. h. t. §. 4. *Coccei* iur. controv. h. t. qu. 7 ibique *Emminghaus* *Bauer* diss. de eo, quod iust. est circa exheredat. §. 13. *Walch* controv. p. 361. edit. III. Uebrigens geben die Gegner Franzke, Huber, Reinold, Finestres an den a. O. zu, daß ein großer Unterschied zwischen den beyden Fällen sey, a) wenn im Testament eine gesetzliche Ursache ange-

führt ist, und b) wenn gar keine oder keine gesetzliche allegirt ist. In beyden Fällen, sagen sie, müsse zwar querela inofficiosi angestellt werden: allein im ersten Fall werde der Erbe mit dem Beweise, daß die angeführte Ursache wahr sey, gehört; im zweyten hingegen helfe es ihn nichts, wenn er auch beweisen könnte, daß eine gerechte und wahre Ursache zur Enterbung vorhanden sey. Vielleicht läßt sich eine dritte Mittelmeynung vertheidigen, daß a) nemlich, wo keine gesetzliche Ursache im Testament steht, zwar querela nullitatis Statt finde, daß aber b) das Testament doch blos in Rücksicht des Enterbten null sey (also im Püfendorfischen Falle nur in Absicht auf die Mutter); daß also c) auch durch ein solches blos nach der 115. Novelle nichtiges Testament ein vorhergegangenes Testament nicht rumpiret werde; daß d) die querela nullitatis ex iure novo nur fünf Jahre dauerte, und nicht auf die Erben gehe, wenn sie nicht vorbereitet ist. Je mehr ich über die Sache nachdenke, desto wahrscheinlicher wird sie mir, daß diese Meynung dem Sinne der 115. Novelle am gemäßesten sey. Man kommt wenigstens auf diesem Wege am besten durch die Klippen, welche auf beyden Seiten, in der ersten und zweyten Meynung unvermeidlich sind. — — Indeß wird hiebey doch Manches vorausgesetzt und angenommen, wozu die Novelle selbst keinen nähern Anlaß giebt; daher es auch dieser Meynung nicht an Widerspruch fehlen konnte. Sehr ausführlich streitet dagegen *Koch* l. c. pag 429 x. Noch giebt es über die Nov. 115. und deren Verhältniß zu den ältern Rechten zwey andere Meynungen, die hier nicht ganz zu übergehen sind. 1) *Woltaer* in observat. ad ius. civ. cap. 27. unterscheidet zwey Fälle: a) wenn die Ausschließung der in der Nov. bestimmten nothwendigen Erben ohne Anführung einer gesetzmäßigen Ursache geschehen ist. Hier hält er das Testament seinem ganzen Inhalte nach für null. b) Ist aber eine gesetzmäßige Ursache angeführt, so findet nach seiner Lehre querela inofficiosi *iuris novi* Statt, wenn der eingesetzte Erbe die Wahrheit der eingeführten Ursachen in facto nicht erweisen kann; dabey aber bleibt die Erbfolge doch testamentarisch. Der Ausgeschlossene tritt gleichsam als Substitut in die Stelle des eingesetzten Erben, bekommt aber zu seinem Erbtheile, was er ab intestato erhalten haben würde, und muß im übrigen die Verordnungen des Testaments an Vermächtnissen x. gelten lassen. Diese Meynung ist aber mit der Novelle und andern gesetzlichen Anordnungen in keinem Betrachte zu vereinbaren. Zum Ueberfluß vid. dagegen Koch l. c. p. 150. x. Mehrern Schein hat 2) die von *I. M. Schneidt* in Diss. de querela inofficiosi inter parentes et liberos exule. Wirceb. 1778. vertheidigte Lehre, daß durch die Nov. 115. c. 3. u. 4 überhaupt ein neues Civilrecht für die Ausschließung der Eltern und Kinder bestimmt sey, und daß daher kein Testament, welches mit dem Inhalte dieser Novelle nicht übereinkomme, nach strengem Rechte als gültig betrachtet werden könne, es sey nun, daß die Enterbung oder Uebergehung ohne alle oder ohne gesetzlich bestätigte Ursache geschehen, oder die angeführte Ursache der Ausschließung in facto unerweislich sey, daß vielmehr in allen diesen Fällen nach der allgemeinen Vorschrift der Novelle ohne Unterschied, ob von suis oder non suis die Rede wäre, das Testament ut quoad heredis institutionem ganz ungültig sey, folglich auch querela inofficiosi dabey nicht mehr zur Anwendung komme, weil diese allemal ein nach strengem Recht gültiges Testament voraussetze. Diese Meynung hat nach der ganzen Fassung

der Novelle in der That viel vor sich, nur würde freylich statt der von dem Verfasser hier angenommenen condictio ex Nov. 115. als einer eigentlich nur persönlichen Klage, vielmehr die querela nullitatis oder hereditatis petitio qualificata ein zutreffenderes Rechtsmittel seyn. W.

(3) L. 1. L. 15. pr. D. de legat. praestand. et b. p. petita.

(4) S. *Tob. Iac. Reinharth* diss. de querelar. nullitatis et inoff. testam. differentiis et usu earundem practico, Goett 1736. besonders *Christ. Gottl. Haubold* diss. sub praesid. *Car. God. Winkleri* de differentiis inter testamentum nullum et inofficiosum, cap. 5. cap. 6. cap. 7. §. ult. p. 38. welcher zehen Unterschiede anführt. Es ist nur zu bedauern, daß diese schöne Abhandlung nicht vollendet ist.

§. 526. Personen, welche man übergehen und nicht übergehen kann.

Welche Personen aber können denn übergangen, und welche müssen eingesetzt oder enterbt werden? Das alte Römische Recht ist in diesem Stück vom neuen sehr unterschieden. Nach dem alten nemlich war 1) ein Unterschied zwischen **Kindern**, **Eltern** und **Geschwistern** des Testators. Eltern und Geschwister konnten übergangen werden, Kinder aber nicht ohne Unterschied. 2) Zwischen dem **Vater** und der **Mutter**. Diese konnte die Kinder übergehen, der Vater aber konnte es nicht ohne Unterschied (*1). 3) Zwischen *suis* (das heißt, solchen Kindern, die zur Zeit, als der Vater stirbt, noch in seiner Gewalt sind), und zwischen **emancipirten** Kindern; denn die letztern können nach den Civilgesetzen übergangen werden. 4) Zwischen **adoptiv- und leiblichen Kindern**. Ein emancipirtes leibliches Kind, wenn es übergangen oder nicht rite enterbt ist, kann bonorum possessionem contra tabulas suchen, ein emancipirtes Adoptivkind nicht. 5) Zwischen **Söhnen** und **Töchtern**. Die Söhne mußten eingesetzt, oder namentlich enterbt werden, bey Töchtern war dieß nicht nöthig, der Vater konnte sie übergehen. 6) Zwischen **Söhnen** und **Enkeln**. Die letztern brauchten, so wie die Töchter, nicht namentlich enterbt zu werden (*2). 7) Zwischen denen, die zur Zeit der Testamentserrichtung **schon vorhanden** waren, und zwischen *postumis*. Jene bestreiten, wenn sie auf eine unerlaubte Art übergangen sind, das Testament als **null**; diese aber **rumpiren** es, oder stellen bonorum possessionem contra tabulas an.

In der dem Lehrbuche angehängten ersten Tabelle sind alle diese Sätze mit den nöthigen Bestimmungen dargestellt.

(*1) Was von der Mutter gesagt ist, gilt auch von dem mütterlichen Grosvater. Matri et avo materno liberi iure civili pro extraneis sunt. § 3. I. de hered. qual. et diff.

(*2) Wenn Töchter oder Enkel übergangen waren, so war das Testament nicht ungültig; es bestand, und die Uebergangenen hatten nur das *ius accrescendi* auf einen gewissen Erbtheil; das ist, sie wurden angesehen, als wären sie wirklich eingesetzt, numerum heredum augebant. *Ulpian.* tit. 22. §. 12. 14.

15. 16. Wenn sui heredes eingesetzt waren, so bekam der Uebergangene *portionem virilem*, einen gleichen Antheil, wie ein Eingesetzter (§. 702. Not. 3.). Waren extranei eingesetzt, so erhielt er die Hälfte dessen, was der extraneus haben sollte. Die Ursache, warum nur Söhne namentlich enterbt werden mußten, Töchter und Enkel nicht, liegt darin, weil die Verbindung zwischen Vater und Sohn für näher und fester angesehen wurde, als die zwischen Vater und Tochter, Grosvater und Enkel. Bey der alten Emancipation eines Sohns war daher ein dreyfacher, bey der Emancipation der Töchter oder Enkel hingegen nur ein einfacher Verkauf erforderlich. Dieß will Ulpian in der L. 8. §. 1. de iniust. rupto irrit. test. sagen.

§. 527. Fortsetzung.

In den neuen Römischen Gesetzen, schon im Codex (§. 476.), ist 1) die fünfte und sechste Distinction zwischen Söhnen und Töchtern, Kindern und Enkeln ganz aufgehoben. 2) Die erste Distinction ist in der 115. Novelle zum Theil abgeschafft. Die Eltern können übergangen werden; man muß aber, eben so, als wenn man Kinder enterbt, eine rechtmässige Ursache anführen. 3 Der zweyte Unterschied zwischen Vater und Mutter ist ebenfalls in der 115. Novelle zum Theil aufgehoben. Denn die Mutter ist zwar noch befugt, die Kinder zu übergehen, und braucht sie nicht förmlich zu enterben; sie muß aber doch eine von den vierzehen Ursachen allegiren, die bey der Enterbung der Kinder festgesetzt sind. Verschiedene Rechtsgelehrte (*1) glauben zwar, die Präterition vertrage sich nicht mit der Anführung einer rechtmässigen Ursache; es lasse sich nicht denken, wie man einen übergehen, und doch eine gerechte Ursache anführen könne; denn sobald man das letztere thue, habe man nicht präterirt. Die Mutter also dürfe, nach der 115. Novelle, die Kinder nicht übergehen (praeterire). Allein es lassen sich Fälle denken, wo man einen unter Anführung einer rechtmässigen Ursache übergehet, ohne ihn zu nennen. Z. E. die Mutter, welche einen Sohn und zwey Töchter hat, sagt: **ich setze meinen Sohn zum Erben ein, denn er ist der einzige, der sich meiner, während meines Blödsinnes, angenommen hat** (*2). (vergl. auch §. 474. Note 4.) 4) Nicht wenige Juristen (*3) behaupten, daß nach dem Recht der Novellen kein Unterschied mehr zwischen Kindern in der väterlichen Gewalt (sui) und andern (non suis) sey; und daß in den Fällen, wo die sui die Nullitätsklage oder querelam inofficiosi haben, eben diese Klage auch den non suis zustehe, mithin diese zu der bonorum possessione ihre Zuflucht nicht zu nehmen brauchten. Allein Andere (*4) behaupten, daß der Unterschied zwischen suis und non suis in diesem Stück nicht gänzlich aufgehoben sey. Nur darin seyen die non sui den suis gleich, daß sie ebenso wenig, als diese, ohne rechtmäßige und im Testament angeführte Ursache enterbt werden könnten. Der Unterschied aber sey geblieben, daß die sui ein

Testament aus den Civilgesetzen bestreiten könnten, wenn sie präteriret, oder nicht rite enterbt sind, oder keine rechtmäßige Ursache im Testament allegirt ist; die non sui hingegen in allen diesen Fällen bonorum possessionem suchen müßten. Ich halte dafür, daß wenn die non sui ein Testament aus dem Grunde anfechten, weil die Form der 115. Novelle nicht beobachtet ist, sie keine bonorum possessionem nöthig haben. Denn Justinian hat in der Novelle zwischen suis und non suis keinen Unterschied gemacht. Ob aber die non sui in andern Fällen noch B. P. suchen müssen, oder ob sie, so gut, wie sui, querelam nullitatis und inofficiosi anstellen können, darüber läßt sich in der Theorie vieles für und wider sagen. Nach der Praxis aber ist die Sache außer allem Zweifel. Die aus der väterlichen Gewalt gegangenen Kinder stellen die Nullitätsklage sowohl als die querelam inofficiosi an, so wie die sui, und von einem Gesuch um bonorum possessionem ist gar keine Rede (**).

Bey diesem und den fünf folgenden Abschnitten ist die zweyte dem Lehrbuche beygefügte Tabelle nachzusehen.

(1) J. E. *Stryk* caut. testam. cap 19 §. 5.

(2) *Frid. Car. Weichsel* (*I. C. Koch*) diss. de praeteritione, iusta adiecta causa. §. 7. 2c. Indessen hält doch der Verfasser dieser Dissertat. mit Andern dafür, daß die Uebergehung eines nothwendigen Erben, selbst mittelst ausgedruckten gesetzmäßigen Grundes, nach der Novelle 115. c. 3. 4. nur in den Fällen gültig geschehen könne, in welchen schon vor Justinian die praeteritio der Enterbung gleich geachtet ward. Z. B. im Testament der Mutter 2c. da der Kaiser keineswegeş den Unterschied der Enterbung und Uebergehung in diesem Betrachte aufgehoben hätte. Der allgemeine und uneingeschränkte Ausdruck Nov. cit. verb. praeterire aut exheridare etc. wobey nichts weiter als die Anführung gewisser Ursachen zur Gültigkeit erfordert wird, läßt aber gegen diese Behauptung noch erhebliche Zweifel übrig. W.

(3) *Struv.* Ex. 32. th. 26. *Cocceii* in iur. contr. lib. 28. tit. 2. quaest. 6. *Berger* resolut. lib. 28. tit. 2. *Stryk* us. mod. lib. 28. tit. 2. §. 3. et lib. 37. tit. 4. §. 1. *Reinharth* ad *Christin.* vol. 4. obs. 2. *Frid. Guil. Car. Sartorius* in diss. de B. P. quam c. t. parentum liberi agnoscunt, cap. 2. §. 4. *Haubold* diss. cit. pag. 20. Indessen geben doch die Vertheidiger dieser Meynung zu, daß die non sui in einigen Fällen noch heutigestages die B. P. contra tabulas suchen müssen. *Fein* diss. de suo herede sub condit. instituto, sect. 1. §. 12. sqq. behauptet, daß der übergangene Emancipirte die Wahl zwischen der bonorum possessione c. t. und querela inofficiosi habe.

(4) *Ant. Faber* de error. pragmat. dec. 14. err. 7. *Pufendorf* tom. 4. obs. 76. §. 10. *Io. Frid. Wahl* diss. de iusta liberos heredes instituendii forma, pag. 59. *Car. Christ. Hofacker* diss. sistens histor. iur. civ. de exheredat. et praeterit. § 24.

(5) *Wahl* l. c. hält dieß für ganz consequent, weil die Emancipationen in Deutschland selten sind, und die durch Separation oder Heyrath aus der väterlichen Gewalt gegangenen Kinder die Familienrechte behielten, mithin

in der Lehre von der Enterbung den *suis* gleich seyen. Allein dieser letzte Satz ist gar nicht ausser Zweifel (§. 163.). Abgefundene Kinder (§. 164.) brauchen nach deutschen Rechten nicht eingesetzt zu werden. Strube rechtl. Bed. 3. B. 97. Seite.

§. 528. Was ist Rechtens, wenn der Vater, oder die väterlichen Ascendenten suos, die schon gebohren sind, ausschließen?

Nach diesen neuen Gesetzen also kann der Vater und alle väterliche Ascendenten männlichen Geschlechts die leiblichen Kinder und Enkel, die in ihrer Gewalt, und zur Zeit der Testamentserrichtung schon gebohren sind, nicht übergehen. Thun sie es, so ist das ganze Testament null. 2) Wenn sie diese Kinder enterben, aber nicht in der gehörigen Form (nicht rite); so ist das Testament ebenfalls und zwar nach seinem ganzen Inhalt (*1) null. Denn eine Exheredation, bey der die schon in den alten Gesetzen, d. i. vor der Nov. 115. vorgeschriebene Form nicht beobachtet ist, ist als eine Präterition anzusehen (vergl. §. 525. fin.). Wenn 3) die Enterbung rite geschehen, aber die Vorschrift der 115. Novelle nicht beobachtet, das ist, keine Ursache angeführt, oder die angeführte keine von den vierzehen gesetzlichen ist: so ist die Erbeseinsetzung ungültig; testamentum corruit quoad institutionem, es hat querela nullitatis ex iure novo, ex Novella 115. dagegen Statt. Es hilft auch nichts, wenn der eingesetzte Erbe beweisen wollte, daß der Enterbte eine oder mehrere der 14 Handlungen begangen habe, welche eine Enterbung nach sich ziehen (*2). Indessen ist, wie gesagt, nicht das ganze Testament ungültig, denn die Vermächtnisse, und alles was ausser der Erbeseinsetzung darin verordnet ist, bleibt bey Kräften. Also die querela nullitatis ex iure antiquo und die ex iure novo sind in ihren Wirkungen sehr unterschieden. Jene stößt das ganze Testament um, diese weiter nichts als die Erbeseinsetzung. 4) Wenn eine von den 14 bestimmten Ursachen angeführt ist, deren Wahrheit aber der Enterbte läugnet: so kann er querelam inofficiosi anstellen. Beweißt der eingesetzte Erbe die Richtigkeit der angeführten Ursache, so wird das Testament bestätigt (*3); beweist er sie nicht, so wird die Erbeseinsetzung als inofficios umgestoßen.

(1) Viele Rechtsgelehrten, Donell, Duaren, Hotomann, Fachineus und andere (S. *Harpprecht* ad §. 5. I. de exhered. lib. n. 6.) behaupten zwar ganz allgemein, daß, wenn ein Testament wegen Präterition oder Enterbung der Kinder ungültig sey, also auch wenn der Vater ein Kind mit Stillschweigen übergehet, nur die Erbeseinsetzung zu Grunde gehe. Ihre Argumente findet man concentrirt bey *Hunn.* quaest. sel. lib. 2. cap. 20. *Cocceii* in iur. controv. h. t. quaest. 4. *Pufendorf* tom. 4. obs. 76. §. 10. sqq. *Koch* diss. de testamento per matrimonium vel nullo vel rupto. (Giss. 1775.) §. 4. Es kommt bey diesem Streit hauptsächlich darauf an: ob die Schlußworte in der Nov. 115. cap. 3. Si autem haec observata non fuerint etc. blos

von

von dem Falle zu verstehen sind, wenn die in der Novelle vorgeschriebene neue Form der Enterbung nicht beobachtet ist, oder ob sie auch auf den Fall gehen, wenn die alte Form vernachläßiget ist, und ob Justinian die älteren Gesetze L. 7. D. de lib et post. L. 1. D. de iniust. rupt. irr. test. pr. I. de exhered. lib. vermöge welcher ein Testament, worin der Vater einen suum übergehet, völlig nichtig ist, habe aufheben wollen. Daß dieses die Absicht Justinians nicht gewesen sey, hat Vinnius am a. O. sehr gut gezeigt. Ein Hauptargument nimmt die Gegenparthey noch aus der auth. *ex causa* C. de lib. praeter. Allein diese Authentike kann für sich allein nicht entscheiden, sondern muß aus ihrer Quelle, der 115. Novelle erklärt und eingeschränkt werden.

(2) *Harpprecht* ad I. h. t. n.92. *Manz* de testam. pag. 840.

(3) Ein ganz strenger Beweis wird eben nicht erfordert. *Leyser* sp. 457. med. 5.

§. 529. Was ist Rechtens bey den non suis?

Wenn der Vater oder ein väterlicher Ascendent die leiblichen, in seiner Gewalt nicht befindlichen Kinder oder Enkel nicht einsetzt, aber auch nicht enterbt, sondern übergeht: so suchen sie nach dem Edicte des Prätors bonorum possessionem contra tabulas. Eben dieses findet Statt, wenn sie nicht *rite* enterbt sind. Denn die Enterbung, welche nicht rite geschieht, ist einer Präterition gleich zu achten (§. 476. n. 3.). Endlich wenn sie rite enterbt sind, so müssen sie zuerst eine gewisse bonorum possessionem suchen, welche *litis ordinandae gratia* heißt, und wenn sie diese erhalten haben, die querelam inofficiosi anstellen (§. 658. Note 1.).

Die Frage: ob die non sui nach der 115. Novelle auch noch die bonorum Possession nöthig haben, habe ich vorhin (§. 527.) beantwortet.

§. 530. Bey den postumis?

Was von den Kindern, die schon zur Zeit der Testamentsverfertigung gebohren sind (§. 528. und 529.) gesagt worden ist, das gilt auch bey den postumis, nur mit dem Unterschied: wenn der übergangene suus zur Zeit der Testamentserrichtung schon vorhanden war, so ist das Testament *nullum;* ist hingegen ein *postumus suus* übergangen, so ist es *ruptum* (*1).

Noch einem Zweifel muß ich begegnen: man könnte denken, die Distinction bey den schon gebohrnen Kindern, ob sie nemlich aus einer gerechten Ursache enterbt sind, oder nicht, schlage bey den postumis nicht an, denn es sey unmöglich, bey einem postumo eine rechtmäßige Ursache der Enterbung anzuführen (*2). Allein es lassen sich Fälle denken, wo sich ein postumus der Enterbung würdig macht. Wir haben z. E. oben (§. 517. d.) gehört, daß, wenn ich einen Sohn und dessen Kinder in meiner väterlichen Gewalt habe, und der Sohn vor mir stirbt, dessen Kinder jetzt als meine postumi zu betrachten sind. Diese können eine Enterbung verdient haben. Ich kann also sagen: mein Sohn soll mein Erbe seyn. Sollte er vor mir sterben; so sollen seine

Kinder mich erben, sein ältester Sohn ausgenommen, weil er mich geschlagen hat; auch wissen wir, daß wenn ich nach der Errichtung meines Testamentes Kinder durch Legitimation in meine Gewalt bekomme, diese meine postumi sind. Ich kann also sagen: wenn ich die N. N. mit welcher ich Kinder ausser der Ehe gezeugt habe, heyrathe, so sollen diese Kinder meine Erben seyn, nur die Tochter N. N. nicht, weil sie sich einem unzüchtigen Leben ergeben hat.

(1) Bey den postumis hatte der Unterschied zwischen Söhnen, Töchtern und Enkeln nicht völlig Statt, welcher bey den schon gebohrnen Kindern galt. Wenn *filia* postuma oder *nepos* postumus übergangen war: so wurde das Testament rumpirt, eben so, als wenn ein filius postumus übergangen war. Die Ursache zeigt *Vinn.* ad. §. 1. I. de exher. lib. num. 1. In der Form der Enterbung war aber doch ein Unterschied zwischen männlichen und weiblichen postumis. Die männlichen mußten *nominatim*, die weiblichen konnten *inter caeteros*, enterbt werden, nur mußte man ihnen in diesem Falle etwas legiren, ne viderentur praeteritae esse per oblivionem §. 1. I. h. t. ibique *Vinn.* n. 4. et. *Hein.*

(2) *Hunn.* in resolut. pag. 439. qu. 20. *Cocceji* iur. controv. lib. 28. tit. 2. q. 9.

§. 531. Bey den Adoptivkindern.

Die Adoptivkinder sind entweder arrogirt, oder in eigentlichem Verstande adoptirt. Die letztern sind entweder vollkommen oder unvollkommen adoptirt. Die unvollkommen adoptirten erben nur ab intestato; wenn ich ein Testament mache, so kann ich sie nach Gefallen übergehen. Die arrogirten und vollkommen adoptirten aber sind entweder wieder emancipirt, oder nicht. Sind sie emancipirt, so kann man sie ebenfalls nach Belieben übergehen (*1). Wenn sie hingegen nicht emancipirt sind, so hat eben das bey ihnen Statt, was bey den leiblichen Kindern Rechtens ist.

(1) Ein arrogirter Unmündiger, den der Vater exherediret, kann quartam D. Pii fordern, wenigstens in dem Fall, wenn die Enterbung ohne gerechte Ursache geschiehet. S. oben §. 145. und *Vinnii* commentar. ad §. 3. I. de adopt.

§. 532. Was haben Mutter und mütterliche Ascendenten zu beobachten?

Mutter und mütterliche Ascendenten können ihre leiblichen Kinder und Enkel übergehen und enterben (§. 526. 527.). Es hat also gegen ihr Testament, der Präterition oder Enterbung wegen, keine *querela nullitatis iuris antiqui* Statt. Auch der Prätor gab keine bonorum possessionem contra tabulas. Querela inofficiosi aber fand dagegen Statt. Nach der 115 Novelle ist ein Unterschied zu machen: entweder ist eine gesetzliche Ursache im Testament angeführt, oder nicht. Wo nicht, so fällt das Testament in Ansehung der Erbeseinsetzung um (corruit quoad institutionem), und es hat querela nullitatis aus der 115. Novelle dagegen Statt (§. 528. Num. 3.). Der Beweis, daß eine Ursache der Enterbung vorhanden, obgleich keine angeführt

sey, ist nicht zuläßig (*[1]). Wenn hingegen eine rechtmäßige Ursache angeführt ist, so muß der Enterbte oder Uebergangene zu der querela inofficiosi greifen (*[2]).

Adoptivkinder können von der Mutter und den mütterlichen Ascendenten nach Belieben ausgeschlossen werden. Wir haben zwar oben (§. 146.) gehört, daß Weibspersonen zuweilen vom Landesherrn die Erlaubniß erhalten zu adoptiren. Nun fragt sich: sind sie alsdann dem Adoptivkind den Pflichttheil schuldig? Ich glaube nicht; denn da ein imperfecte adoptatus vom Adoptivvater keinen Pflichttheil fordern kann (§. 531.): so muß man den analogischen Schluß machen, daß auch den von einer Weibsperson adoptirten Kindern keiner gebühre (*[3]). Daß in dem Fall, wenn ich ein Kind adoptire, meine Frau demselben keinen Pflichttheil schuldig sey, versteht sich ohnehin (§. 148.).

(1) *Huber* h. t. n. 14. am Ende behauptet das Gegentheil.

(2) Wenn die Mutter oder mütterliche Ascendenten ein Testament machen, und nachher noch Kinder oder Enkel erhalten, welche nicht eingesetzt sind: so ist das Testament darum nicht ruptum, sondern es muß ebenfalls querela nullitatis iuris novi oder querela inofficiosi dagegen angestellt werden.

(3) Gloss. ad L. 29. §. 3. D. de inoff. testam. Anderer Meynung ist das Colleg. Argentoratense tit. de adopt. th. 56. und zwar wegen der angeführten L. 29. wo es heißt: quoniam femina nullum adoptare filium sine iussu Principis potest, nec de inofficioso testamento eius, quam quis sibi matrem adoptivam falso esse existimabat, agere potest. Allein daraus, daß der Jurist sagt: einer, der ohne landesherrliche Autorität adoptirt ist, könne die Querel nicht anstellen, folgt noch nicht, daß es einer thun könne, welcher mit Erlaubniß des Landesherrn an Kindesstatt angenommen ist; denn das argumentum a contrario ist in der juristischen Exegetik sehr trüglich. Ausserdem sind die Worte: sine iussu Principis, ein Tribonianisches Emblem, wie *Noodt* ad tit. de inoff. testam. p. m. 159. a. bemerkt. Doch s. *Finestres* praelect. ad h. t. p. 54. — Man vergleiche auch L. 5. C. de Adopt. Ed. *Schrader* de nexu succ. ab intest. et quer. inoffic. §. 33. W.

§. 533. Was ist Rechtens, wenn Eltern oder Geschwister ausgeschlossen werden?

Wenn die Eltern von den Kindern übergangen oder enterbt werden, so muß eine von den acht gesetzlichen Ursachen im Testament angeführt seyn. Ist dieß nicht geschehen, das heißt: die Kinder haben entweder gar keine Ursache allegirt, oder eine, die nicht unter den acht gesetzlichen enthalten ist: so ist das Testament in Ansehung der Erbeseinsetzung ungültig (quoad institutionem corruit), und es kann querela nullitatis dagegen angestellt werden (§. 528. Num. 3.). Der eingesetzte Erbe kann auch das Testament dadurch nicht bey Kräften erhalten, wenn er beweißt, daß sich die Eltern einer der acht Vergehungen schuldig gemacht haben. Ist hingegen eine rechtmäßige Ursache angeführt, und der Enterbte behauptet, daß sie falsch sey: so kann er querelam in-

officiosi anstellen. Der eingesetzte Erbe muß nun beweisen, daß die Ursache richtig ist (*1). Kann er dieß nicht, so verliert er die Erbschaft; führt er den Beweis, so wird das Testament bestätigt.

Wenn Geschwister übergangen oder enterbt werden, und eine schändliche Person eingesetzt ist: so haben sie (es mag eine Ursache der Ausschließung im Testament angeführt seyn oder nicht) keine andere Klage, als die querelam inofficiosi; und nun kommt es darauf an, ob der ausgeschlossene Bruder, die ausgeschlossene Schwester sich so gegen den Testator betragen haben, daß sie eine Enterbung verdienen, oder nicht (*2). Im ersten Falle wird das Testament bestätigt, im letzten aber umgestoßen.

(1) Nach der 115. Novelle ist dieß gewiß, nicht so nach dem ältern Recht. Insgemein sagt man, vor der Novelle hätten überhaupt die Kläger den Beweis führen müssen, daß sie unschuldig enterbt seyen, L. 5. §. 1. D. L. 28. C. h. t. Indessen steht in der Novell. Maioriani VIII. (in Ritters Ausgabe des Cod. Theod. Anhang. S. 156.) eine Stelle, aus welcher man das Gegentheil schließen könnte. Si vero matri, heißt es, contra religionem sanguinis propositumque pietatis externus heres insidiatorque subrepserit, quidquid ab ea, non iustis exheredationis causis exstantibus, *quas sine dubio probaturus est, qui videtur filiis anteferri*, donatum fuerit vel relictum — id totum ab iisdem filiis vindicetur.

(2) Allein wer führt hier den Beweis? *Gribner* diss. utrum fratres querel. inoff. test. instituentes probare tenentur, se non fuisse ingratos, §. 21. sqq. behauptet mit Andern, der eingesetzte Erbe müsse zeigen, daß der Enterbte die Ausschließung verdient habe. Die gemeine Meynung aber ist, der Enterbte sey verbunden zu erweisen, daß er unschuldig enterbt sey, weil Justinian in Ansehung der Geschwister das alte Recht nicht geändert habe. Diese vertheidigt auch *Christ. Frid. Beniamin Hommel* diss. de diff. inter querel. inoff. quae parentibus ac liberis, et quae fratribus competit. (Erf. 1773.) §. 8. — — Der Kläger muß überhaupt beweisen, daß er sich brüderlich gegen den Verstorbenen betragen habe, arg. L. 28. C. h. t. Dahingegen hat er nicht nöthig zu zeigen, daß er sich eines ihm etwa bestimmt vorgeworfenen Unrechts nicht schuldig gemacht habe, denn die Bewahrheitung dieses besondern Grundes der Ausschließung gehört zum Gegenbeweise des Beklagten. Man vergl. übrigens §. 477. not. 4. W.

§. 534. Was ist querela inofficiosi?

Dieses vorausgesetzt, läßt sich nunmehr die Definition der querelae inofficiosi testamenti verstehen. Sie ist die Klage, welche Personen, denen der Pflichttheil gebührt, wenn sie in der gehörigen Form zwar enterbt, oder auch auf erlaubte Art übergangen sind, die angeführte Ursache aber unerweislich ist, gegen den eingesetzten Erben dahin anstellen, daß das Testament umgestoßen, und der Kläger zur Intestaterbfolge gelassen werde. Der erste Character heißt, sie wird von den Personen angestellt, welchen der Pflichttheil gehört; also a) von den Kindern, b) Eltern, und c) von Geschwistern,

wenn ihnen eine schändliche Person vorgezogen worden ist. 2) Sie hat Statt, wenn diese Personen in der gehörigen Form enterbt, oder auf erlaubte Art (§. 525.) präterirt sind, die angeführte Ursache aber falsch oder wenigstens unerweislich ist. Eine Ursache der Enterbung oder Präterition kann rechtmäßig, und doch falsch seyn. Wenn z. E. der Vater sagt: ich enterbe meinen Sohn, weil er mich geschlagen, und der Sohn dieses nie gethan hat, so ist eine gerechte, aber doch falsche Ursache allegirt. 3) Sie wird gegen den eingesetzten Erben angestellt. So oft eine Enterbung geschieht, wird auch an die Stelle des Enterbten ein Anderer eingesetzt. Gegen diesen also wird die querela inofficiosi gerichtet. 4) Das Gesuch dieser Klage geht dahin, daß man das Testament, insoferne man dadurch lädirt ist (*1), umstosse (ut rescindatur), und den Kläger zur Intestaterbfolge lasse (*).

Woher die querela inofficiosi ihren Ursprung habe, ist sehr zweifelhaft (*2). Die richtigste Meynung ist wohl: diese Klage ist von den Rechtsgelehrten erfunden, und durch die Praxis bestätigt worden. Die Juristen hielten es für unbillig, seine Kinder, Eltern und Geschwister, ohne hinlängliche Ursache zu enterben. Sie gaben daher einem solchen Enterbten den Rath, gegen das Testament Klage zu erheben, und zum Grund anzunehmen, der Testator sey nicht recht bey Verstand gewesen, welches daraus erhelle, daß er ein so unbilliges, pflichtwidriges Testament gemacht habe; oder wie man es kurz ausdruckt, sie riethen dem Kläger, sich des *coloris insaniae* zu bedienen. Dieser Gedanke fand in den Gerichten Beyfall, und die Klage wurde von der Praxis angenommen (*3). *Querela inofficiosi* heißt sie, weil ein Testament, das eine unbillige Enterbung enthält, *inofficiosum*, pflichtwidrig ist (*4).

(1) Ich sage, in so fern der Kläger lädirt ist. Wenn also z. B. von zwey Kindern eins eingesetzt, und eins enterbt ist, und das enterbte klagt; so kann es nicht verlangen, daß das Testament ganz umgestoßen werde. Denn das Eingesetzte bekommt ja auch ab intestato die Hälfte der Verlassenschaft. — — Man sehe hiebey L. 8. §. 8. und L. 19. D. h. t. Nov. 115. c. 3. fin. und c. 4. fin. *J. C. Koch* D. quatenus testator per querelam inofficiosi reddatur intestatus. Die angeführte L. 19. gehört zu den etwas dunklen Gesetzstellen. Westphal von Testamenten §. 1042. ist mit der Entscheidung Paulli, von dem das Gesetz herrührt, gar nicht zufrieden. Er glaubt, der Jurist habe sehr gesündigt, die ausgeschlossene Schwester müsse, ¾ und nicht die Hälfte der Erbschaft bekommen. *Pothier* pandect. Iustinian. h. t. n. 31. hat die Stelle sehr gut erläutert. Die Leser, welche ihn nicht zur Hand haben, muß ich an G. J. Stein von pflichtwidrigen Testamenten §. 36. verweisen. W.

(*) Nur diejenigen Personen können also zu dieser Klage berechtigt seyn, denen in dem vorkommenden Fall die Intestaterbfolge zusteht. Es ist irrig, wenn einige Rechtslehrer den Halbbruder des Verstorbenen wegen eingesetzter turpis personae zur Querel zulassen, so lange noch Ascendenten oder leibliche Geschwisterkinder vorhanden sind. Aber eben so wenig läßt sich auch mit Glück

Diss. de const. legit. port. parent. §. 6. in opusc. Tom. 3. behaupten, daß leibliche Geschwister, so lange noch Eltern des Verstorbenen vorhanden wären, zurückstehen müßten, gesetzt auch, daß turpis persona zum Erben ernannt wäre; denn sie sind ja unstreitig neben den Eltern zur Intestaterbfolge, und vermöge der ihnen vorgegangenen Personen zum Pflichttheil berechtigt. Man sehe über alles dieses *Ed. Schrader* cit. comment. de nexu succ. ab intest. et q. inoff. §. 62. etc. W.

(2) Duaren in praelect. ad Pand h. t. glaubt, sie gründe sich auf kayserliche Verordnungen. Dieß ist aber offenbar falsch. Denn man findet sie schon zu den Zeiten der freyen Republik. Pithoeus in not. ad collat. LL. Rom. et Mos. tit. 16. §. 3. sucht ihren Ursprung im prätorischen Edict. Auch dieses läßt sich nicht vertheidigen; denn Ulpian leitet sie in der L. 8. pr. D. de bon. poss. ausdrücklich aus dem Civilrecht her, und die actiones praetoriae, rescissoriae (Klagen, die dahin gehen, einen gültigen Actus umzustossen), dauern auch nur Ein Jahr; diese Querel aber dauert fünf Jahre. Cujaz obs. lib. 2. cap. 21. *Carol. Lovardus* (Volhard) de vera origine querelae inofficiosi testamenti ex lege Glicia, Dresd. 1762. und Andere behaupten, sie sey durch die legem Gliciam eingeführt worden. Diese Meynung hat nichts für sich, als daß L. 4. D. h. t. überschrieben ist: Caius libro singulari ad L. Gliciam. Allein man findet von diesem Gesetz sonst nirgends die mindeste Nachricht; und gesetzt, es habe existirt, so ist doch mit nichts bewiesen, daß es die querelam inofficiosi testamenti eingeführt habe. *Püttmann* probabil. lib. 2. cap. 1. pag. 8. *Zepernik* ad *Siccam.* de iudic. centumvir. pag. 149.

(3) *Finestres* praelectiones ad tit. Pand. de inoff. testam. cap. 2. pag. 12. sqq.

(4) Warum heißt sie aber *querela* und nicht actio oder accusatio? Heineccius glaubt daher, weil jener Ausdruck gelinder sey, als dieser, und weil man in dem Fall, wenn die nächsten Verwandten Proceß unter einander gehabt hätten, nicht die Ausdrücke accusare, litigare, sondern conqueri gebraucht hätte. Dieser Gedanke aber ist ohne allen Grund. Die Stelle aus *Voss.* orator. instit. lib. 6. cap. 2. cum autem dico partes huius generis (iudicialis) esse accusationem et defensionem, sub accusatione etiam complector querimoniam: etsi ea pressius accepta longe aliud signet. Nam ut apud Thucydiden l. I. legati Corinthiorum Lacedaemone dicunt -- querimonia est amicorum de amicis, accusatio est de hostibus iniuria afficientibus, sagt nicht mehr, als daß sich über einen beklagen ein gelinderer Ausdruck sey, als einen anklagen, oder eines Verbrechens beschuldigen. Dieß ist sicher in jeder Sprache so, und Voß führt es gar nicht als eine Eigenheit der Lateinischen an; wie wäre sonst ein Athenischer Schriftsteller von ihm citirt worden. Es ist hier aber davon die Rede, warum die querela inofficiosi nicht überall (zuweilen geschieht dieß doch auch, s. *Brisson* ad h. v.) accusatio heiße, sondern warum nicht actio? Und doch glaube ich, der Grund ist nicht zutreffend, daß actio härter und querela gelinder gewesen sey. Denn erstens wird actio auch gegen die nächsten Verwandten gebraucht, und zweytens kommt querela auch da vor, wo der Klagende gewiß dem andern keinen Respect schuldig ist, z. B. 1, 12. fr. 1. §. 2. (paternos de suis libertis querentes.) Bey Petron kommt das Wort querela vor, da jemand behauptete, der Andere habe ihm etwas gestohlen u. s. w. Ein natürlicher Grund der Benennung querela inoff. test. scheint

mir in dem alten Römischen Processe zu liegen, wo diese Sprache nie an einen iudex pedaneus, an einen Geschwornen gewiesen, sondern gleich bey den Centumviren angebracht und abgethan ward. Es war keine actio, ohngefähr eben so, wie die Vindicationen und die Interdicte auch keine waren, und erst Justinian, bey dem alles actio heißt, konnte auch 2. 28. const. 32. von der actione de inofficioso testamento sprechen. Hugo.

§. 535. Was ist ihre Wirkung, und wann fällt sie weg?

Weil der Kläger bey der querela inofficiosi den Vorwand brauchte, der Testator sey nicht recht bey Vernunft gewesen, so folgte, daß das ganze Testament zu Grunde gieng (vergl. §. 534. not. 1.); also nicht nur die Erbeseinsetzung, sondern auch die übrigen darin enthaltenen Verordnungen, z. E. Vermächtnisse, ungültig wurden. Denn ein Blödsinniger kann gar nichts in einem letzten Willen verordnen. Justinian hat dieß in Ansehung der Kinder und Eltern (*1) in der 115. Novelle abgeändert, und festgesetzt, daß, wenn ein Testament durch die Querel umgestoßen wird, nur die Erbeseinsetzung wegfallen, alle andere Puncte des Testaments aber gültig bleiben sollten. Daß ein gleiches Statt findet, wenn das Testament als null, aus der 115. Novelle umgestoßen wird, habe ich oben (§. 528. §. 532. §. 533.) bemerkt.

Weil indessen der Vorwand der Blödsinnigkeit doch offenbar falsch war, so war diese Klage nicht sehr beliebt. Sie hat daher 1) nicht Statt, wo sich der Kläger mit einem andern Rechtsmittel helfen kann. Wer also das Testament als nullum aus dem alten Recht, ruptum, oder irritum angreifen, wer B. P. contra tab. dagegen suchen kann, der darf die querelam inofficiosi nicht dagegen anstellen. Er würde auch nach den neuen Gesetzen thöricht handeln. Denn die querela inofficiosi wirft nur, wie wir eben gehört haben, die Erbeseinsetzung um. Hingegen ein testamentum nullum (nach dem alten Recht, ruptum, irritum, desgleichen eins, das durch die B. P. c. t. umgestoßen wird, geht völlig zu Grunde (*2). 2) Die Erben des Exheredirten können sie nicht anstellen, wenn nicht der Enterbte gerichtlich oder außergerichtlich erklärt hat, daß er sie anstellen wolle. Eine Ausnahme von dieser Regel macht Justinian (*3): Wenn ein enterbtes Kind während der Zeit, da der eingesetzte Erbe deliberirt, stirbt; denn jetzt können die Descendenten des Enterbten (andere Erben nicht) die Querel anstellen. Also der Fall ist folgender: ein Kind ist enterbt, und A. eingesetzt. Dieser ist zweifelhaft, ob er die Erbschaft antreten, oder ausschlagen soll. Während dem, daß er deliberirt, stirbt der Enterbte. Nun tritt A. die Erbschaft an. In diesem Fall können die Descendenten des Enterbten die Querel anstellen, wenn gleich der Verstorbene noch nicht declarirt hatte, daß er sie anstellen wolle. 3) Sie muß binnen fünf Jahren angestellt werden, da doch sonst die Erbschaftsklage 30 Jahre dauert. 4) Wenn einer enterbt, ihm aber doch ein Vermächtniß hinterlassen

ist, und er die Querel anstellt, aber den Proceß verliert: so kann er das Vermächtniß nicht fordern. Dieß ist eine Strafe dafür, daß er den Testator ohne Grund für blödsinnig ausgegeben hat. Ob aber dieses Gesetz noch heutiges tags gelte, ist zweifelhaft. Herr Canzler Koch (*4) läugnet es, weil man heutigestags den Vorwand der Blödsinnigkeit bey der querela inofficiosi testamenti nicht brauche. Allein ich glaube nicht, daß dieses Argument ganz stringent ist. Denn die Römer bedienten sich in den neuern Zeiten, nachdem die Querel durch Gesetze bestätigt war, dieses Vorwandes auch nicht mehr, und doch fand jene Verordnung noch Statt. Auch gilt im Römischen Recht der Schluß nicht immer: der Grund einer Verordnung fällt weg, also fällt die Verordnung selbst weg (*5). Endlich beweist auch das Argument zu viel. Man kann daraus eben so gut folgern, daß alle vorhin angeführten Sätze nach dem neuen Recht wegfallen, daß also z. E. die Erben des Enterbten die Querel anstellen können, daß sie nicht 5, sondern 30 Jahre dauere (*6), und dieß läßt sich doch wohl nicht behaupten (*7). 6) Die Querel kann nicht angestellt werden, wenn die Enterbung nicht aus Haß, sondern aus guter Meynung (*bona mente*) geschehen ist. In den Gesetzen kommen zwey Fälle dieser Enterbung vor: a) wenn der Vater seinen blödsinnigen oder verschwenderischen Sohn enterbt, und dessen Kinder, seine Enkel, einsetzt; b) wenn er ein unmündiges Kind enterbt, und dem eingesetzten Erben befiehlt, daß er dem Kinde nach erreichter Mündigkeit die Erbschaft restituiren solle. In der Praxis wird auch c) diese Enterbung verstattet, wenn der Sohn verschuldet ist, und der Vater voraussieht, daß die Gläubiger alles Vermögen, sobald es dem Sohn zufällt, wegnehmen werden (*8).

Wer übrigens den Willen des Verstorbenen ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt hat, kann die Querel nicht anstellen. Ausdrücklich habe ich den Willen anerkannt, wenn ich erkläre, daß ich zwar befugt wäre, gegen das Testament zu klagen, es aber nicht thun wolle; stillschweigend, wenn ich das Vermächtniß annehme, welches mir im Testament hinterlassen ist. Denn, indem ich dieses thue, erkläre ich, daß der Verstorbene im Stand gewesen, etwas zu vermachen, daß er also nicht blödsinnig gewesen sey, folglich kann ich nachher nicht die Querel anstellen, und ihn für blödsinnig ausgeben. An der Gültigkeit dieser Verordnung zweifeln auch verschiedene (*9), und glauben, daß man heutzutage ein Vermächtniß annehmen, und doch die Querel anstellen könne; weil der color insaniae bey uns nicht gebraucht werde.

(*) Was ist aber bey der Querel der Geschwister Rechtens? Da Justinian in Ansehung ihrer das alte Recht nicht geändert hat, so bin ich mit *Hommel* diss. (§. 533.) cit. §. 10. und Andern, der Meynung, daß sie durch die Querel das ganze Testament umstoßen. Das Gegentheil vertheidigen *Struv*. Ex. 10. th. 22. *Voet*. commentar. tit. de inoff. testam. n. 13. *Coccii* iur. controv. eod. tit. Qu. 11.

(8)

(2) M. s. indessen L. 8. §. 12. D. h. t. und *Püttmann* advers. lib. 1. cap. 6.

(3) L. 34. et 36. §. 2. C. h. t. (III. 28.) Es ist also irrig, wenn *Hahn* ad *Wesenb.* h. t. n. 8. die Ausnahme zur Regel macht, und behauptet, daß vermöge der angeführten Gesetze die querela inofficiosi allezeit, auch nicht vorbereitet, auf die Erben gehe. Man s. *Lauterb.* colleg. h. t. §. 23. Eben so unrichtig ist, wenn *Ludovici* in us. dist. iurid. lib. 29. tit. 2. dist. 1. meynt, der suus transmittire die unvorbereitete Querel auf alle Erben, der non suus nur auf seine Kinder. *Schlitte* in not. B.

(4) *Koch* specim. compend. Pand. (Ien. 1757.) medit. 5.

(5) Strube rechtl. Bed. 1. Th. 19. Seite. 2. Th. 556. S.

(6) *Püttmann* opusc. pag 27.

(7) *Voelcker* diss. (Praeside *Car. Frid. Walch* Ien. 1772. de transitu querel. inoff. testam. ad heredes vertheidigt indessen wirklich die Meynung, daß nach dem neuesten Römischen Rechte die Querel, auch unvorbereitet, auf die Erben gehe.

(8) *Leyser* sp. 358. med. 2. *Pufendorf* tom. 1. obs. 192. Cramer Nebenst. part. 38. n 8. *Reinkarth* diss. de exheredatione bona mente facta, §. 29. *Ayrer* diss. de iure parentum legitimam liberorum bona mente gravandi §. 20. Also die Enterbung erfordert eine im Testament angeführte rechtmäßige Ursache. L. 16. D. de curat. fur. *Ayrer* diss. cit. §. 28. *Boehmer* ius controv. pag. 417. – Die Zuläßigkeit der Enterbung aus guter Absicht wird aber nach der Nov. 115. und besonders ihrer Anwendbarkeit in Deutschland von andern Rechtsgelehrten und unter diesen am ausführlichsten bestritten von *H. F. A. Muhl*: exheredationem bona mente factam iure noviori Romano non amplius admittendam esse. Francof. ad Viadr. 1800. W.

(9) *Leyser* sp. 93. m. 7. *Koch* l. c.

TIT. XIX.

DE HEREDUM QUALITATE ET DIFFERENTIA.

§. 536. Die Erben sind entweder necessarii, oder voluntarii.

Nachdem wir die Lehre von der testamentarischen Erbfolge kennen gelernt haben, sollte nun die Intestatsuccession abgehandelt werden. Allein Justinian schiebt zuvor (freylich nicht schicklich) hier die Materie von Erwerbung der Erbschaft ein (*).

Wenn von dieser Erbschaftserwerbung die Rede ist, so müssen vor allen Dingen die verschiedenen Arten der Erben distinguirt werden. Die Erben nemlich sind zweyerley (S. die 35. Tabelle): einige müssen Erben seyn, sie mögen wollen oder nicht; andere können Erben seyn, wenn sie wollen; es hängt von ihrer Willkühr ab, ob sie es seyn wollen, oder nicht. Jene heißen nothwendige Erben, Zwangserben (*heredes necessarii*); diese freywillige (*extranei* (*1) oder *voluntarii*) (*2) (§. 473. Note *). Die necessarii sind

entweder sui et necessarii, oder allein necessarii. Wir wollen jede Gattung besonders betrachten.

(*) E C. Westphal Commentar über die Gesetze von Vorlegung der Testam. Annehmung und Ablehnung der Erbsch. ꝛc. W.

(1) Zuweilen heißen die Erben, welche weder legitimi noch honorarii sind, extranei. *Vinn.* ad §. 3. h. t.

(2) Wenn ich einen nothwendigen Erben mit der Clausel einsetze: er soll mein Erbe seyn, wenn er will; so wird er dadurch zu einem freywilligen. L. 12. D. de condit. instit. Man s. auch §. 539. (1) — — Richtiger werden aber voluntarii den necessariis, und extranei den suis entgegengesetzt. *Vinnius* ad §. 1. I. h. t. W.

§. 537. Wer sind die necessarii?

Blos necessarii sind die Sklaven des Testators. Wenn ich nemlich meinen eigenen Knecht zum Erben einsetze, so ist er, ich mag ihn nun zugleich ausdrücklich oder nur stillschweigend freygelassen haben (§. 483.), sobald ich sterbe, frey, und ipso iure, das ist, ohne daß von seiner Seite eine Erklärung nöthig ist, mein Erbe. Die Ursache, warum die Römer ihre Sklaven zu Erben einsetzten, war zuweilen Liebe für sie; meistens aber lag sie, wie Cajus (*1) und Justinian (*2) sagen, darin: sie hielten es für schimpflich, wenn nach ihrem Tode über ihr Vermögen ein Concurs entstand, und die Güter unter dem Namen des Verstorbenen öffentlich aufgesteckt wurden. Dieser Beschimpfung zu entgehen, ernannten sie einen Sklaven zum Erben. Denn nun wurde das Vermögen unter des Sklaven, nicht unter des Verstorbenen Namen verkauft, servus magis infamiam, quam patrimonium consequebatur (*3); indessen hatte er doch den Vortheil, daß er frey wurde.

(1) Instit. lib. 2. tit. 3. §. 6.

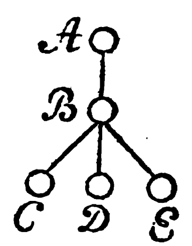
(2) §. 1. I. h. t.

(3) L. 3. C. Theod. inoff. testam.

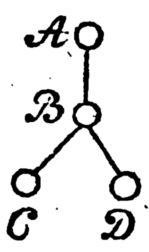
§. 538. Was sind die sui et necessarii?

Sui et necessarii heredes heissen die Kinder, Enkel u. s. w. die zu der Zeit, als der Verstorbene mit Tode abging, noch in seiner väterlichen Gewalt waren, (*1), und zu der Zeit, da ihnen die Erbschaft zufällt, die nächsten in der Familie sind; das ist, dem Verstorbenen so nahe sind, daß niemand zwischen ihnen und dem Verstorbenen steht (ut eos nemo gradu antecedat). Ich sage, a) sie sind in der väterlichen Gewalt des Verstorbenen zur Zeit des Absterbens gewesen. Emancipirte Kinder sind also keine sui heredes. Auch die Mutter kann keine suos heredes haben. Alle Kinder, sobald sie auf irgend eine Art aus der väterlichen Gewalt gehen, hören auf, sui heredes zu seyn (§. 162. 163.). Wenn also heutzutage eine Tochter heyrathet, oder ein Sohn seine eigene Oeconomie anstellt: so sind sie keine sui heredes mehr (*). b) Sie

sind die nächsten in der Familie. Die Enkel C D E, deren Vater B noch lebt, sind keine sui heredes des A;



denn es steht zwischen ihnen und dem A noch eine Person, ihr Vater; sie sind nicht proximi in familia. c) Daß sie die nächsten sind zur Zeit, da der Verstorbene mit Tod abgeht, ist nicht nöthig; genug, daß sie es alsdann sind, wenn ihnen die Erbschaft anfällt. Der Fall, worauf dieser Satz zielt, ist folgender:



B. ist enterbt, der statt seiner eingesetzte Erbe deliberirt, ob er die Erbschaft annehmen soll. Während dieser Zeit stirbt der enterbte Sohn. Nun repudiirt der eingesetzte Erbe die Erbschaft, und die Enkel CD sind sui heredes. Zu der Zeit, als A starb, waren sie es noch nicht; denn B lebte noch. Damals waren sie noch nicht proximi in familia. Jetzt aber, da ihnen die Erbschaft zufällt, sind sie proximi, also sui heredes (*2). Die Ursache, warum sie *sui* heissen, ist vielleicht, weil sie in der Gewalt des Vaters, weil sie sein sind, sein Eigenthum; oder weil sie schon bey Lebzeiten des Vaters gewissermassen (ex fictione iuris) von dessen Vermögen Miteigenthümer (condomini) sind, und daher gleichsam sich selbst erben, *ἀυτοκληρονομοι*, sui ipsorum heredes sind (*3). *Necessarii* heredes heissen sie, weil sie nach den Civilgesetzen Erben seyn müssen, die Erbschaft, sie mag ihnen nun durch ein Testament, oder ab intestato zufallen, nicht ausschlagen dürfen (*4).

Die Erläuterung, welche Heineccius in der Anmerkung zu diesem §. aus dem Plautus herholt, hätte eben so gut aus dem Evangelium genommen wer-

den können. **Mein Sohn, du bist** *allezeit* **bey mir, und alles, was mein ist, das ist dein.** Aber da hätte man freylich nicht sagen können: *eleganter* respondet u. s. w.

Das verdient noch bemerkt zu werden, daß die Römischen Rechtsgelehrten, wenn sie von suis heredibus reden, allezeit das Wort sui voraussetzen, und nie heredes sui sagen.

(1) Die postumi werden nach dem Princip: nasciturus pro iam nato habetur, si de eius commodo quaeritur, auch als sui angesehen. §. 2. I. de hered. quae ab intest.

(*) *P. L. Boehmer* diss. de discrimine suor. et emancipator. in success. intest. §. 16. in elect. iur. civ. T. I. *Pufendorf* observat. iur. univ. T. III. obs. 1. *Hoffacker* princip. iur. civ. §. 622. und das. angef. DD.

(2) *Contii* tract. de hered. et bon. poss. in opp. p. 292.

(3) *Costa* ad §. 1. I. h. t. *d'Arnaud* var. coniect. lib. 1. cap. 25. p. 176. *H. Berger* de natura dominii, quod liberis in bonis parentum adhuc viventium competit, in diss. select. n. 35. *Finestres* de lib. et post. pag. 17. *Voorda* interpret. lib. 1. cap. 4. besonders *Hotomann* observ lib. 9. cap. 10.

(4) Eine vorzügliche Abhandlung über diese ganze Materie ist *G. L. Boehmer.* diss. de suo herede, ab hereditate se abstinente; in elect. iur. civ. tom. 1. n 4. S. auch *Fr. Car. Conradi* progr. de iure sui heredis ex adoptione divina, (Helmst. 1744.) p. XII. sqq. und *Pet. Claud. van Goethem* diss. de suo herede, Lugd. Bat. 1786. — — *Cuiacius* ad African. tract. 4 ad L. 16. de lib. et post. *Voet.* comment. ad D. XXVIII. 2. 1. *Averanius* interpret. I. 9. W.

§. 539. Was ist das beneficium abstinendi?

Die sui heredes also sind: 1) *ipso iure* Erben. Sobald der Erblasser stirbt, sind sie, weil es die Gesetze wollen, ohne daß sie sich darüber zu erklären brauchen, Erben. 2) Sind sie nothwendig Erben, sie müssen es seyn, ob ihnen gleich die Erbschaft schädlich ist, wenn die Schulden das Vermögen übersteigen. Weil aber der Prätor dieses Gesetz für hart hielt, wie es wirklich ist, indem die Kinder, im Fall daß der Vater verschuldet war, und sie seine Erbschaft annehmen mußten, nicht nur den Schimpf hatten, daß ein Concurs entstand, und das Vermögen unter ihrem Namen aufgesteckt wurde, sondern auch selbst den Glaubigern haften mußten: so gab er den suis das beneficium abstinendi; er erlaubte ihnen die väterliche Erbschaft auszuschlagen.

Man hat also wohl zu bemerken: 1) durch das beneficium abstinendi hat der Prätor das ius sui heredis, oder, wie es Einige nennen, die *suitatem* nicht aufgehoben, sondern nur die *necessitatem*. Nemlich *suitas* oder besser: ius sui heredis, ist das Recht, bloß durch Vorschrift des Gesetzes eine Erbschaft zu acquiriren, die ich nicht durch ein äusserliches Factum angetreten habe; *necessitas* ist die Verbindlichkeit, eine Erbschaft anzunehmen. Jene ist nicht aufgehoben bey den Kindern, nur diese ist ihnen erlassen. Also kurz, seitdem den

suis das beneficium abstinendi zukommt, haben sie nicht aufgehört, ipso iure Erben zu seyn; sondern sie sind nur nicht mehr gezwungen, in diesem Verhältnisse nach allen davon abhängenden Folgen zu bleiben; sie sind zwar gewissermaßen *voluntarii* heredes geworden, aber keine *extranei* (*[1]). 2) Ist zu bemerken, daß ein suus heres, wenn er sich der väterlichen Erbschaft enthalten will, sich a) nicht immiscirt haben darf; er muß noch nicht durch Worte oder Werke erklärt haben, daß er Erbe seyn wolle. b) Daß er nichts aus der Erbschaft entwenden muß: ne per eum eamve factum fuerit, quo quid ex ea hereditate amoveretur, sagt der Prätor (*). Sobald er eins von beyden thut, kann er nicht mehr abstiniren. Nur ein Unmündiger ist befugt noch zu abstiniren, wenn er sich gleich schon immiscirt hat; auch ein Minderjähriger, der sich ohne Einwilligung seines Curators immiscirt hat, kann abstiniren. Hat der Curator in die Immixtion gewilligt, so muß der Minderjährige Restitution in integrum suchen, wenn er nachher abstiniren will (*[2]).

(1) *Vinn.* ad §. 2. h. t. *Boehmer* Diss. cit. cap. 2. §. 12. pag. 113. Man bemerke noch: 1) das ius suitatis wird auch durch die Enterbung nicht aufgehoben, L. 2. D. de vulg. et pupill. substit. vergl. §. 4. I. de pupill. substit. ibiq. *Vinnius.* ob es gleich sehr sonderbar ist, daß einer *suus heres* seyn soll, der nicht Erbe ist. Die Folge dieses Satzes ist, daß wenn gleich das Testament, worin der suus enterbt ist, rescindirt oder destituirt wird, der Enterbte dennoch alle Rechte des sui heredis hat. S. *Vinn.* ad §. 4. I. de pup. subst. 2) Ein suus, der mit dem Zusatz zum Erben ernannt wird: wofern er Erbe seyn will, bleibt *suus* heres, er ist nur kein *necessarius* mehr, das ist, er kann auch ohne das Prätorische beneficium abstinendi die Erbschaft ausschlagen. *Bachov.* ad *Treutler.* Vol. 2. disp. 11. thes. 3 lit. D. et Disp. 12. th. 3. Lit. B. *Vinn.* ad pr. lit. de vulgar. substit. n. 5. Das ius sui heredis wird daher auch durch die gemeine Substitution nicht aufgehoben. *Vinn.* quaest. sel. lib. 2. cap. 23.

*) L. 71. §. 3. sq. D. de adq. vel omitt. hered. Auch dadurch macht sich der suus heres beneficii abstinendi verlustig, wenn er Sachen aus der Erbschaft nicht öffentlich, sondern verdeckt durch Andere an sich kauft. L. 91. D. ibid. L. 2. C. de repud. hered. W.

(2) *Boehmer* §. 21.

§. 540. Wirkungen der Suität.

1) Ein suus braucht also die Erbschaft nicht anzutreten, das heißt, er braucht nicht zu erklären, daß er Erbe seyn wolle, sondern sobald der Erblasser stirbt, ist der suus sogleich Erbe. L. 1. §. 7. D. si quis omissa caus. test. Er ist Erbe, auch ehe das Testament eröffnet ist; Erbe, ehe er von dem Absterben des Erblassers Nachricht hat. Er ist Erbe, wenn er auch noch ein Kind, oder wenn er blödsinnig ist, und die Einwilligung des Tutors oder Curators ist zu dieser Erwerbung des Erbrechtes nicht erforderlich (§. 543.). Ein Testament, worin ein suus eingesetzt ist, kann daher auch nicht destitutum wer-

den rc. (*1). Wenn indessen der suus 2) durch Worte oder Werke zu erkennen giebt, daß er Erbe seyn wolle, so sagt man: immiscet se hereditati. Durch diese Immixtion erhält also der suus kein Recht, das er zuvor nicht hatte; er erklärt nur, daß er das schon erworbene Recht behalten wolle. 3) Erklärt hingegen der suus durch Worte oder Werke, daß er nicht Erbe seyn wolle, so heißt es: *derelinquit hereditatem*, oder gewöhnlicher: *abstinet ab hereditate*. Wenn andere Erben die Erbschaft ausschlagen, so sagt man, *repudiant*. Weil aber dieses Wort für einen suum heredem zu hart und respectswidrig schien, so brauchte man den gelindern und höflichern Ausdruck: abstinet. Also der suus braucht es nicht gerade mit **Worten**, noch weniger gerichtlich zu erklären, daß er abstiniren wolle; seine Erklärung ist auch an keine gewisse Frist gebunden (*3); und wenn die Gläubiger des Vaters den suum heredem belangen, so müssen sie beweisen, daß er sich immiscirt habe (*4). 4) Wenn ein suus stirbt, ohne erklärt zu haben, daß er Erbe sey, ja ohne es gewußt zu haben, daß ihm seines Vaters oder Großvaters Erbschaft angefallen sey, so fällt dem ungeachtet diese Erbschaft auf die Erben des sui. Man nehme z. E. an, daß der Vater am 1 Januar 1776. in einem entfernten Lande stirbt, daß der Sohn (noch filius familias), ehe er von diesem Absterben Nachricht bekommt, am 6 Januar ebenfalls mit Tode abgeht, und eine Wittwe als Erbin hinterläßt. Bekommt diese das Vermögen ihres Schwiegervaters? Allerdings: denn ihr Mann war suus heres, er hat also die Erbschaft seines Vaters ipso iure acquirirt. Die Wittwe ist Erbe von ihm, folglich gehört ihr die väterliche Erbschaft so gut, wie das übrige Vermögen des Mannes.

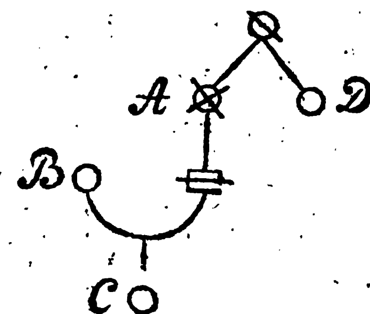
(1) L. 30. §. 10. D. de fideic. libert. *Fein* Diss. de suo herede sub conditione instituto sect. 1. §. 6. Daß die Rechte des sui heredis auch in Deutschland gelten, hat meines Wissens noch Niemand geläugnet als Joh. Henrich Bocris in einer Abh. kurzgefaßter Beweis, daß die suitas heredis in Deutschland wenig oder keinen Nutzen zeige, dahingegen zur Verwirrung der väterländischen Rechte und Bekränkung der Partheyen wahren Gerechtsame ein grosses mitwirke. Altorf. 1744. 4. Die Schrift enthält aber nichts als verwirrtes Geschwätz.

(2) Fragt man, aus welchen Handlungen man eine Immixtion schließen könne, so ist die Antwort: dieselben Handlungen, welche bey einem freywilligen Erben eine gestionem pro herede anzeigen, geben bey einem suo eine Immixtion zu erkennen. Man s. §. 542. *Boehmer* l. c. §. 24.

(3) *Boehmer* §. 11.

(4) *Boehmer* §. 25. *Io. Christ. Koch* diss. de heredibus suis, ad probationem abstentionis haud obligatis. Giss. 1766. *Walch* controvers. p. 383. edit. III. Anderer Meynung sind *Averan* interpr. lib. 1. cap. 9. *Finestres* de A. vel O. H. p. 291. *Pufendorf* tom. 3. obs. 8. v. Steck in der Ausführung polit. und rechtl. Materien n. 13. pag. 185. Sie sagen: a) der suus ist ipso iure Erbe, er muß es erklären, wenn er nicht Erbe seyn will; muß also auch be-

schlechterdings und dergestalt zur Erbschaftsantretung, daß kein anderer, als der Erbe selbst antreten kann. Daraus folgt: 1) wenn einem Pupillen eine Erbschaft zufiel, so konnte sie der Vormund ohne des Pupillen Vorwissen nicht antreten (*1). Der Pupill mußte es selbst thun, auctore tutore. War der Pupill noch ein Kind, so halfen sich die Juristen mit einer Fiction. Sie sagten: pupillus pro herede se gerere videtur auctore tutore (*2). Nach einer neuen Verordnung Theodosius des jüngern aber (*3) ist dem Tutor verstattet, Namens des Pupillen anzutreten. 2) Ein Herr kann keine Erbschaft Namens seines zum Erben ernannten Sklaven, und kein Vater Namens seines Sohnes antreten; Sklav und Sohn müssen es auf Befehl des Herrn und Vaters selbst thun (*4). Um bonorum possessionem konnte der Vater Namens seines Kindes bitten (*5). Allein Theodosius erlaubte in der vorhin angeführten Verordnung auch dem Vater, im Namen des Kindes eine Erbschaft anzutreten. Justinian verstattete aber weiter (*6), einem filio familias, wenn er mündig, *in secunda aetate* ist, wie das Gesetz sagt, eine Erbschaft auch gegen den Willen des Vaters anzutreten, und verordnete, daß diese Erbschaft alsdann peculium adventitium extraordinarium werden solle (*7). 3) Wenn der Erbe blödsinnig ist, so kann sein Curator oder Vater die Erbschaft nicht antreten, sondern nur um die bonorum possessionem bitten. Allein diese bonorum possessio hat nach der merkwürdigen L. 7. C. de curat. furiosi vel prodigi den Effect nicht, daß die Erbschaft dem Blödsinnigen unwiderruflich acquirirt werde; sondern wirkt nur so viel, daß die zum Unterhalt des Blödsinnigen nöthigen Kosten aus der Erbschaft dürfen genommen werden. Kommt der Blödsinnige zu Verstande, so kann er die Erbschaft, wenn er will, repudiiren. Thut er dieß nicht, so bleibt sie unwiederruflich sein. Stirbt er hingegen im Blödsinn, so hat die bonorum possessio keine Wirkung; die Erbschaft muß an diejenigen herausgegeben werden, die sie bekommen hätten, wenn der Blödsinnige nicht da gewesen wäre. Z. E.



A stirbt und hinterläßt einen blödsinnigen Enkel C; dessen Vater B bittet und erhält bonorum possessionem, Namens des Blödsinnigen. Nun stirbt der Blödsinnige, ohne zuvor seinen Verstand wieder zu bekommen. Auf wen fällt das großväterliche Vermögen? Nicht auf den Vater B, sondern auf des Großvaters Bruder D. Denn dieser würde succedirt haben, wenn der Blödsinnige nicht vorhanden gewesen wäre (*8). 4) Minderjährige und erklärte Verschwender können selbst antreten, nur muß es mit Einwilligung der Curatoren geschehen (*9).

(1) L. 5. C. de iure delib. (VI 30.).

(2) L. 65. §. 3. vers. *sed et in* facti; D. ad SCt. Trebell.

(3) L. 18. §. 2. C. de iur. delib. (VI. 30.).

(4) L. 1. §. 2. L. 26. D. si quis omiss. L. 36. §. 1. D. de A. vel O. H.

(5) L. 1. D. de bon. poss. furios. infant.

(6) L. 8. §. 1. C. de bon. quae lib. (VI. 61.)

(7) *Hombergk* diss. de diverso iure patris in peculio adventitio, pro diversa liberorum aetate ad L. 8. §. 3. C. de bon. quae lib. Marb. 1753.

(8) *Sande* Decis. Fris. lib. 4. def. 8. §. 9. Indessen glaubt doch *G. B. Becmann* diss. de adquisit. hered. dementi delatae, Goett. 1772. §. 32. p. 86. nicht ohne Grund, daß in dem Fall, wenn der Blödsinnige C. noch in der väterlichen Gewalt ist, und in dem Blödsinn stirbt, sein Vater B. die Erbschaft für sich selbst antreten könne. Arg L. 8. C. de bon. quae lib. (VI. 61.) — — Es ist hier eigentlich nur die Rede von dem Blödsinnigen, dem als heres extraneus eine Erbschaft anfällt. Denn ist er suus heres, so bringt er natürlich die ipso iure erworbene Erbschaft auf seine Erben, und der Wahnsinn kann dabey nicht weiter in Betrachtung kommen, noch weniger einen nachtheiligen Einfluß haben. (§. 540.) L. 63. D. de adq. vel omitt. hered. L. 7. §. 2. C. de cur. fur. Zur Erläuterung dieser L. 7. ist Koch bonor. possess. §. 7. nachzusehen, welcher auch die angeführte Behauptung Becmann's mit erheblichen Gründen bestreitet, weil aus dem, was L. 8. C. de bon. quae lib. von dem Falle ordnet, da der filius familias sanae mentis eine Erbschaft, die er antreten konnte, ausschlägt, sich noch nicht mit Sicherheit eine Einschränkung jener besondern Vorschrift in Ansehung der Verstandlosen folgern läßt. Die Meynung Böhmers introduct. in ius Digest. XXIX. 2. 10. daß L. 7. C. de cur. fur. wegen der nach L. 17. C. de iur. deliber. nicht mehr Statt findenden forma cretionis in der Anwendung wegfalle, und daß mithin dem Wahnsinnigen die Erbschaft völlig durch den Curator erworben werde, ist schon darum nicht füglich anzunehmen, weil cit. L. 7. de cur. fur. viel später als L. 17. De iur deliber. ergangen ist, und ohnehin die auch in andern neuern Gesetzen v. g. L. 18. C. de iur. delib. immer beybehaltene Nothwendigkeit der selbsteigenen Erbschaftsantretung sich keineswegs allein in der Cretionsfeyerlichkeit gründet. §. 544 W.

(9) In Ansehung der Verschwender behaupten einige Juristen, sie könnten ohne die Einwilligung ihrer Pfleger antreten. Aber man s. *Reinold* varior. cap. 1.

§. 544. Wie geschieht die Erbschaftsantretung?

5) Die Erbesantretung muß freywillig geschehen. Hat mich jemand

dazu gezwungen: so ist sie nichtig (*[1]). 6) Wem eine Erbschaft zufällt, der muß sie entweder ganz antreten oder ganz ausschlagen. Es geht nicht an, einen Theil anzutreten, und den andern auszuschlagen. 7) Jede Erklärung, daß ich Erbe seyn wolle, ist eine Erbesantretung. Allein den Besitz der Erbschaft erhalte ich nicht anders, als durch die Apprehension (§. 281.). 8) Man kann keine Erbschaft durch einen Bevollmächtigten antreten (*[2]). Einige setzen den Grund dieser Verordnung darin, weil die Erbesantretung ein feyerliches Geschäft gewesen sey, welche Art von Geschäften in eigener Person hätte vorgenommen werden müssen, und glauben daher, daß nach den neuen Gesetzen, und heutigestags die Erbesantretung durch einen Procurator geschehen könne (*[3]). Richtiger aber sagen Andere: es ist widersprechend, und gegen die Natur der Sache, eine Erbschaft durch einen Bevollmächtigten antreten zu wollen. Denn indem ich jemanden den Auftrag gebe, die Erbschaft anzutreten, so erkläre ich ja schon, daß ich Erbe seyn wolle; ich habe folglich schon angetreten: was ist also dem Bevollmächtigten noch zu thun übrig? Dazu kommt, daß Niemand eine Erbschaft antreten kann, als wem sie zugefallen ist (cui delata est). Nun ist sie aber dem Procurator nicht zugefallen. Wenn ich indessen einem auftrage, daß er sich an den Ort begebe, wo die Erbschaft ist, den Massebestand untersuche, und, im Fall er es vortheilhaft finde, antrete: so kann man im gewissen Verstande zwar sagen, daß ich die Erbschaft per procuratorem angetreten hätte. Allein auch in diesem Falle wird doch die Erbschaft nicht durch **das Factum des Procurators** erworben, sondern durch **den Willen des Erben.** Die Erklärung des Procurators ist zwar nothwendig, weil man daraus den Willen des Erben ersehen muß, und ehe sie geschieht, ist die Erbschaft nicht angetreten. Aber nicht jene **Erklärung,** sondern dieser **Wille** ist doch der Grund der Erbschaftsacquisition. Der actus aditionis und acquisitionis fängt doch nicht in der Person des Procurators an, wie in andern Fällen, sondern in der Person des Erben (*[4]).

(1) *Marckart* interpret. lib. 2. cap. 15.

(2) Daß die Erbschaftsantretung durch einen Bevollmächtigten geschehen könne, behaupten *Fachinaeus* controvers. iur. lib. 6. cap. 96. *Duarenus* disput. annivers. lib. 2. cap. 27. et commentar. ad tit. D. de A. vel O. H. cap. 4. und Andere. Aber man s. *Cuiac.* obs. lib. 1. cap. 34. *Hunn.* resolut. lib. 2. tract. 5. quaest. 29. *P. Faber* semestr. lib. 2. cap. 22. *Donell.* in commentar. iur. civ. lib. 7. cap. 9. *Harpprecht* ad §. 7. Inst. h. t. n. 19. sqq. vorzüglich *Averan.* lib. 1. interpret. cap. 12. Modestinus L. 54. D. de A. R. D. sagt: homo liber hereditatem nobis adquirere non potest. Nicht einmal der Vormund kann statt der Pupillen antreten; nicht der Curator statt des Blödsinnigen; nicht der Herr, dessen Sklave eingesetzt ist (§. 543.) In der L. 90. pr. D. A. vel O. H. sagt Paullus (nach der Leseart vieler Handschriften) per procuratorem hereditas adquiri non potest. Wenn man auch, wie zu Florenz,

ließt: per curatorem etc., so folgt doch: wenn der curator keine Erbschaft antreten kann, so ist noch weniger der procurator dazu befugt; denn jener hat sein Recht von der Obrigkeit, dieser blos durch den Willen einer Privatperson erhalten.

(3) *Stryk* us. mod. tit. de A. vel O. H. §. 7. ibique allegati. *Conr. Frid. Reinhard* diss. de aditione hereditatis per alium (Hal. 1720). §. 35. welcher zwar weitläuftig, aber gar nicht gründlich die Materie abhandelt.

(4) *Averan* l. c. *Bardili* diss. de adit. heredit. th. 36. *Finestres* ad tit. de A. vel O. H. part. 2. cap. 3. sqq.

§. 545. Sie kann nicht bedingter Weise geschehen.

Die Erbschaft kann 9) nicht unter einer Bedingung angetreten werden; z. E. unter der Bedingung, wenn sie *solvendo* ist, das heißt, wenn die Schulden das Vermögen nicht übersteigen würden. Den Grund auch dieser Regel suchen Viele darin, daß die Antretung der Erbschaft eine feyerliche Handlung gewesen sey, und dergleichen Handlungen nicht unter einer Bedingung geschehen könnten. Allein fürs erste war nicht jede Erbschaftsantretung mit Feyerlichkeiten begleitet, nur *cretio* hereditatis war eine sollenne Handlung (§. 542.), und fürs zweyte ist es unerweislich, daß alle feyerliche Handlungen unbedingt geschehen müssen. Der wahre Grund liegt also vielmehr darin, die Erbschaftsantretung soll nach den Gesetzen eine gewisse und positive Declaration seyn (*1). Dergleichen aber ist eine bedingte Erklärung nicht. Dazu kommt, daß, wenn die Bedingung weit aussehend wäre, eine solche Antretung den Gläubigern und Legatarien, die auf ihre Existenz oder Nichtexistenz warten müßten, höchst präjudicirlich seyn würde. Wollte ich unter einer Resolutivbedingung antreten, so könnte es geschehen, daß ich heute Erbe wäre, und morgen nicht mehr. Wer aber einmal Erbe ist, muß es immer bleiben (§. 491.). Daher glaube ich auch nicht, daß heutigestags dieses Römische Gesetz wegfalle, und daß man bey uns eine Erbschaft unter einer Bedingung antreten könne, wie Einige behaupten (*2).

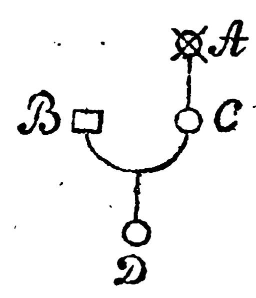
(1) *Iac. Gothofr.* ad L. 76. et 77. de R. I. Opusc. p. 934. et 941.

(2) *Stryk* us. mod. tit. de A. vel O. H. §. 8. *Leyser* sp. 370. med. 9. Unserer Meynung sind *Mich. Godofr. Wernher* lectiss. commentat. ad Pandect. tit. de A. vel O. H. §. 12. *Georg Guil. Lud. Bechtold* diss. de hereditatis aditione conditionata (Giss. 1784.) §. 11. sqq. *Müller* ad *Leyser* obs. 573. Uebrigens muß ich hier noch anführen, was Paullus in der L. 5. in fin. si pars hered. pet. bemerkt: multa esse, quae heredem scire oporteat, ut adire et adquirere hereditatem possit. Wer eine Erbschaft gültig antreten will, muß wissen, daß der Erblasser todt ist; ob er mit oder ohne Testament gestorben sey, ob er ein Testament zu machen befugt war, und ob die Erbeseinsetzung bedingt oder unbedingt sey. L. 19 L. 27. L. 22 L. 31. L. 92. de A. vel O. H. Ausführlich handelt hiervon *Scip. Gentilis* in tract. de scientia heredum. Dieser Tractat ist, mit noch drey andern des Verfassers zu Straßburg, 1669. in 8. zusammengedruckt, erschienen.

§. 546. Kann der Erbe des Erben antreten? Wirkungen der Antretung.

Wenn mir eine Erbschaft zufällt, so kann ich sie antreten; sterbe ich aber, ohne angetreten zu haben, so kann mein Erbe jene Verlassenschaft nicht verlangen, heres heredis adire non potest hereditatem tantum delatam, oder hereditas nondum adita non *transmittitur* (*1). Dieß ist eine höchst merkwürdige Regel, und wer sie nicht vor Augen hat, wird zuweilen sehr falsch schließen. Man denke z. B. an folgenden Fall. A. stirbt, und hinterläßt eine schwangere Wittwe. Nach seinem Tode gebährt die Wittwe ein Kind. Dieß stirbt aber bald nach der Geburt, und ehe noch die Mutter seinen Tod erfährt, stirbt sie auch. Wer bekommt des A. Verlassenschaft? Man wird sagen, das Kind hat seinen Vater geerbt, die Mutter erbt ihr Kind, also die Verlassenschaft gehört den Erben der Mutter. Dieß wäre richtig, wenn die Mutter die Erbschaft ihres Kindes angetreten hätte. Da sie aber dieß nicht gethan, nicht einmal etwas von dem Anfall der Erbschaft gewußt hat, so können ihre Erben keinen Anspruch daran machen.

Also die Regel ist: hereditas non adita non transmittitur. Sie hat aber einige Ausnahmen. Es giebt nemlich Fälle, wo meine Erben eine Verlassenschaft verlangen können, weil sie mir angefallen ist, ob ich sie gleich noch nicht angetreten habe. Man führt gewöhnlich deren vier an, und sagt daher: transmissio hereditatis ist von viererley Art: *ex iure suitatis, Theodosiana, Iustinianea* und *ex capite restitutionis in integrum.* a) Von der ersten ist schon im §. 540. 4) gehandelt worden (*2). b) Mit der Theodosiana hat es folgende Bewandniß: Kinder, die nicht mehr in des Vaters Gewalt sind, sind zwar nicht ipso iure Erben, sie müssen die Erbschaft durch ein äusserliches Factum antreten. Wenn sie indessen mit Tode abgehen, ehe sie angetreten haben, so transmittiren sie doch die Erbschaft auf ihre Descendenten, auf andere Erben nicht. Z. E.



A stirbt. Ehe der Sohn C (der nicht mehr in väterlicher Gewalt stand) die Erbschaft angetreten hat, stirbt er auch. Er hat in einem Testament seine Wittwe B und seinen Sohn D eingesetzt. Auf wen fällt die väterliche Verlassen-

schaft? Auf den D allein, die Wittwe B bekommt nichts davon. Denn C hat seines Vaters Erbschaft nicht angetreten, er transmittirt sie also nur auf seine Descendenten (*3). c) Ist ein Erbe in öffentlichen Geschäften (reip. causa) abwesend, und stirbt, ehe er von dem Anfall der Erbschaft Nachricht erhielt, oder er ist durch seine Abwesenheit verhindert worden, die Erbschaft anzutreten, und ohne Antretung mit Tod abgegangen: so können seine Erben um Wiedereinsetzung in vorigen Stand (restitutionem in integrum) bitten, und dadurch die Erbschaft an sich bringen. Dieß ist die *transmissio ex capite restitutionis in integrum* (*4). d) Von der Justinianeischen Transmission wird im 548. §. gehandelt werden.

11) Sobald der Erbe angetreten hat, tritt er in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen (siehe jedoch §. 482.); er wird nun mit dem Erblasser als Eine Person angesehen (*5), und hat das ius accrescendi, muß aber auch alle erlaubte Handlungen des Erblassers als die seinigen gelten lassen (facta defuncti praestare), insonderheit die Schulden des Verstorbenen bezahlen; und zwar, welches wohl zu bemerken ist, wenn sie gleich das Vermögen übersteigen. Die Deutschen sagen im Sprichwort: wer einen Heller erbt, muß einen Thaler bezahlen (*6). Ist er Universalerbe, so bezahlt er alle Schulden allein; hat er aber Miterben, so zahlt er nach Verhältniß seiner Erbportion; erbt er nur z. E. die Hälfte, so bezahlt er die Schulden zur Hälfte u. s. w.

Die Verbindlichkeiten, welche dem Verstorbenen oblagen, muß der Erbe erfüllen, weil er mit jenem Eine Person ausmacht. Er muß aber auch die Vermächtnisse und Fideicommisse leisten. Nicht weil er den Verstorbenen vorstellt: denn dieser war hier ja nichts schuldig; sondern weil er durch die Antretung der Erbschaft, so wie der suus heres durch deren Behaltung den Willen des Verstorbenen anerkannt, und die Verbindlichkeit übernommen hat, ihn zu erfüllen, eben so, als wenn er es ausdrücklich versprochen, oder darüber einen Contract mit den Legatarien und Fideicommissarien geschlossen hätte. Er ist diesen, wie es in den Gesetzen heißt, quasi ex contractu verpflichtet (§. 933. rc.). Sie können daher eine Klage gegen ihn anstellen, welche actio personalis ex testamento heißt.

13) Sobald die Erbschaft angetreten ist, kann sie nicht mehr repudiirt werden, das heißt, wenn ich einmal erklärt habe, ich wolle Erbe seyn, so kann ich nachher, wenn sich etwa noch mehr Schulden zeigen, nicht sagen, ich wolle nicht Erbe seyn. Eine Ausnahme ist bey den Unmündigen: denn diese können eine Erbschaft auch nach geschehener Antretung ausschlagen. Ist der Erbe mündig, aber doch noch minderjährig, so kann er sich gegen die Antretung in integrum restituiren lassen (*7).

(1) Ausführlich erklärt diese Regel *Averanius* interpret. lib. 4. cap. 4. Man s. auch *Hellfeld* diss. de transmissione iuris succedendi, antecessoris morte non delati, opusc. n. 18. J. F. Schröter von der Vererbung einer noch nicht angetretenen Erbschaft, in Siebenkees jurist. Magazin, 1. B. 19. St.

(2) Sie ist keine wahre Transmission. Wenn ich eine Erbschaft wirklich acquirirt habe, wenn sie mein geworden ist, und ich nun sterbe, so fällt sie freylich meinen Erben zu. Allein man sagt nicht, daß ich sie transmittire. Die sui aber erwerben ja die Erbschaft wirklich, sobald der Vater stirbt.

(3) Noch eine andere transmissio Theodosiana kommt in der L. 18. C. de iure delib. (VI. 30.) vor. S. *Duaren.* commentar. ad tit. D. de A. vel O. H. cap. 5. in oper. p. 453. *Harpprecht* diss. de transmiss. hereditatis a persona extranea infanti delata ad illustrat. L. 18. C. de iure delib. in diss. acad. n. 47.

(4) L. 30. pr. L. 86. de A. vel O. H. *Casp. Achat. Beck* diss. de emendatione iuris rom. in quibusdam causis successionum (Ien. 1729.) §. 24. sqq. *Müller* ad *Leyser* obs. 571. Es fragt sich nur, ob eine jede Ursache, welche den Erben an der Antretung verhindert hat, zur Restitution hinreichend ist? Davon kann ich mich nicht überzeugen. Die angeführten Stellen L. 30. und L. 86. reden beyde nur von absentibus reip. causa. Man s. *Cuiac.* ad respons. Papin. lib. 6. oper. post. Tom. 1. pag. m. 254. *Sande* decis. Fris. lib. 4. tit. 9. def. 1. Daß Papinian sagt, den Erben eines solchen Abwesenden werde die Restitution humanitatis causa ertheilt, beweiset auch das Gegentheil nicht. Denn jede Restitution gründet sich auf die Billigkeit; aber diese ist darum allein nicht dazu hinreichend. Ueberdas ist nicht einzusehen, warum es billig seyn soll, den Erben des Erben zur Succession zu lassen, und ihn andern Intestat- oder Testamentserben vorzuziehen.

(5) Diese Folge der Erbschaftsantretung erläutert vorzüglich gut *Hert* diss. de pluribus hominibus personam unam sustinentibus sect. 1. §. 8. sqq. Opusc. Vol. 2. Part. 3. p. 45. sqq. Der Besitz des Erblassers geht nicht auf den Erben über, diesen muß der Erbe apprehendiren. *Förner.* rer. quotid. lib. 2. cap. 15. in *Otton.* thesaur. II. 186.

(6) Eisenhard Grundsätze der Deutschen Rechte in Sprüchwörtern S. 286. u. ff. Die Soldaten haben, vermöge einer Verordnung von K. Gordian, das besondere Privilegium, daß sie nicht mehr Schulden bezahlen dürfen, als der Nachlaß ihres Erblassers beträgt. L. fin. §. 15. C. de iure delib. (VI. 30.) Strube rechtl. Bed. 4. Band 251. Seite. Den Legatarien und Fideicommissarien ist der Erbe, wenn er gleich kein Inventarium hat machen lassen, (§. 549.) über die Kräfte der Erbschaft nicht verpflichtet. S. davon hauptsächlich *Christ. Hartmann* diss. de herede legatariis atque fideicommissariis ultra vires hereditatis non obligato (Lips. 1744.) §. 6. sqq. Anderer Meynung ist *Vinn.* ad. §. 5. h. t. n. 6.

(7) §. 5. h. t. ibiq. *Vinn* n. 4. Auch ein Majorenner kann sich restituiren lassen, wenn er ohne seine Schuld durch die Antretung lädirt worden ist. *Vinn.* ib. n. 5, welcher Fall aber doch, nachdem das beneficium inventarii eingeführt ist, sich nicht leicht zutragen kann.

§. 547. Rechtswohlthaten der Erben.

Ein Erbe muß alle Schulden des Erblassers bezahlen. Es kann daher

geschehen, daß er keinen Vortheil, sondern Schaden von der Erbschaft hat; daß er in seine eigene Tasche greifen, und mit seinem Gelde des Verstorbenen Schulden bezahlen muß. Um ihn gegen diesen Nachtheil in Sicherheit zu sezzen, hat der Prätor das Recht zu deliberiren, und Justinian die Rechtswohlthat des Inventariums (*beneficium inventarii, beneficium legis et inventarii*) eingeführt (*[1]). Doch kann sich ein Erbe beyder Wohlthaten zugleich nicht bedienen, sondern er muß sich eine daraus wählen (*[2]).

(1) Auch der suus kann sich dieser Wohlthat bedienen. *Vinn.* ad §. 5. h. t. n. 1. c. 3.

(2) Wenn also der Erbe die Wohlthat der Deliberation gewählt, und darauf angetreten hat, so muß er alle Schulden bezahlen, und es hilft ihm nichts, daß er ein Inventarium hat machen lassen. L. fin. C. de iure delib. (VI. 30.) *Rumpf* diss. de iure delib. et benef. invent. (Goett. 1777.) §. 32.

§. 548. Von der Deliberationszeit.

Das Recht zu deliberiren ist das Recht, eine gewisse Zeitlang die Beschaffenheit der Erbschaft zu untersuchen, und zu überlegen, ob es rathsam sey, sie anzutreten, oder auszuschlagen. Der Erbe, der sich dieses Rechts bedient, ist befugt, den Zustand der Erbmasse (vires hereditatis) zu untersuchen, die Papiere des Verstorbenen einzusehen, die Erbstücke taxiren, die Gläubiger citiren zu lassen (*[1]), u. s. w.

Wie lange dauert aber das Recht zu deliberiren? Man unterscheide (nach der 36. Tabelle) folgende Fälle: 1) wenn mir eine Erbschaft zufällt, und mich niemand treibt, mich zu erklären: so kann ich binnen dreyßig Jahren antreten. Lasse ich aber diese Zeit verstreichen, so ist mein Recht auf die Erbschaft durch Verjährung verlohren (*[2]); vorausgesetzt, daß ein Anderer die Erbschaft als die seinige besessen hat. Denn ist dieß nicht, so kann ich auch noch nach 30 Jahren antreten. 2) Wenn der Substitut, die Intestaterben oder die Gläubiger auf eine Erklärung dringen: so muß ich binnen einem Jahre declariren, ob ich antreten oder repudiiren will. Dieses Jahr wird von dem Tage angerechnet, da ich erfahre, daß mir die Erbschaft zugefallen sey. Während dieser Zeit kann ich überlegen, was ich thun oder lassen soll. Geht das Jahr zu Ende, und ich glaube noch mehr und länger überlegen zu müssen: so kann ich bey dem Landesherrn oder der Obrigkeit um Verlängerung der Frist bitten. Ich muß aber Gründe dieses Fristgesuchs anführen. Sind sie triftig und gehörig bewiesen, so wird mir die Frist verlängert; um viel oder wenig, nachdem die Umstände sind. Doch kann ich wenigstens eine Verlängerung von hundert Tagen verlangen. Mehr als eine Jahrsfrist giebt der Landesherr nicht, und die Obrigkeit kann die Frist höchstens um 9 Monate prorogiren (*[3]). 3) Erkläre ich mich binnen der ersten, oder der zweyten verlängerten Frist nicht, so haben entweder ein Substitut, oder die Intestaterben, oder die Gläubiger auf die

Em

Erklärung gedrungen. In den beyden ersten Fällen bin ich meines Erbrechtes verlustig, die Erbschaft fällt dem Substituten oder den Intestaterben zu. Im letzten Fall können mich die Gläubiger nöthigen, daß ich die Erbschaft antrete (*4). Wenn ich aber binnen der Frist ohne Erklärung sterbe, so können sich meine Erben in dem Rest der Frist erklären (*5).

Man muß also, wie einige Juristen (*6) richtig erinnern, den legalischen Termin, um den der Erbe gar nicht zu bitten braucht, und der allezeit Ein Jahr in sich faßt, von dem Zeitraum, den man vom Landesherrn oder der Obrigkeit bitten muß, und welcher höchstens Ein Jahr oder neun Monate dauert, wohl unterscheiden. Jeder Erbe kann ein Jahr deliberiren; ist ihm dieses noch nicht genug, so muß er um ein zweytes spatium deliberandi einkommen. Auf diese Weise läßt sich L. 19. Cod. mit der L. 22. §. 13. de iure delib. (VI. 30.) vereinigen, und man braucht nicht mit Voet (*7) anzunehmen, daß L. 22. der L. 19. derogire.

Nun wird sich auch erklären lassen, was *transmissio Iustinianea* ist. Wenn der Erbe binnen der legalischen oder erbetenen Deliberationsfrist stirbt, so transferirt er auf seine Erben das Recht, sich während dem Zeitrest zu erklären. Diese Transmission heißt die Justinianeische.

(1) Allein kann man die Gläubiger auch wohl bey Strafe der Präclusion citiren lassen, d. i. so, daß wenn sie sich in der gesetzten Frist nicht melden, sie ihre Forderungen verlieren sollen? Meines Erachtens geht dies nicht an; denn die Gläubiger haben nach den Gesetzen und in der Regel 30 Jahre Zeit, ihre Forderungen einzuklagen. Diese gesetzliche Frist kann man ihnen nicht verkürzen. Indessen legen doch einige Juristen einer solchen bey Strafe der Präclusion erlassenen Ladung einige Wirkung bey, nemlich diese, daß der Erbe die Gläubiger, welche in dem Termin nicht erschienen, nicht aus seinem eigenen Vermögen zu befriedigen verbunden sey. Man sehe *Pufendorf* Tom. 3. obs. 86. und Decis. Cassel. Tom. 1. decis. 2. Glück Pandecten 3. Band, 303. Seite.

(2) Anderer Meynung ist *Toullieu* in diss. de luitione pignoris et rebus merae facultatis (§. 50.) seqq. in collectaneis pag. 137. Er hält die Erbesantretung für einen actum merae facultatis.

(3) L. 1. et 2. D. de iure delib. *Donell* ad L. 22. C. de iure delib. p. m. 459.

(4) Anderer Meynung ist *Koch* diss. de herede deliberante, §. 8. Sein System ist: 1) daß in der L. 19. von keinem spatio deliberandi die Rede sey; §. 546 (5); 2) daß dieses immer gebeten werden müsse, und höchstens 1 Jahr oder 9 Monate sey; 3) daß, wenn der Erbe das Jahr vom Tage der Wissenschaft an verstreichen läßt, und nun getrieben wird, er keine weitere Frist bekomme, sondern sich sogleich erklären müsse. — — Noch anders stellt aber Thibaut in den Vers. über d. Theor. d. R. II. 7. mit besonderer Vergleichung der ältern Rechte und der Verordnungen des Kaisers Justinian die Sache dar, und ist bey dieser streitigen Materie vorzüglich zur Nachlese zu empfehlen. W.

(5) Wie aber, wenn ein Substitut vorhanden ist, und der Institut während der Deliberationszeit stirbt, kommt jetzt der Substitut zur Erbschaft, oder können

die Erben des Institutēn antreten? *Crell* diss. utrum, herede instituto intra annum deliberandi mortuo, substitutus admittatur, (Viteb. 1734. in collect. dissert. et progr. III. 19.) vertheidigt das Recht des Substituten. — — Das Gegentheil behauptet mit Recht Thibaut l. c. I. 13. Justinian sagt in der L. 19. C. de iur. delib. daß der Erbe sein Recht — also natürlich das Recht, durch Antretung der Erbschaft den Substituten auszuschließen, auf seine Erben transferire. Diese Verordnung geht unstreitig der L. 72. D. de adq. vel omitt. hered. vor. W. — Ferner fragt sichs, was ist Rechtens, wenn mir eine Erbschaft anfällt, und Niemand auf meine Erklärung dringt, ich aber während des Jahres von dem Tage der Wissenschaft des Anfalles an sterbe, ohne mich erklärt zu haben, daß ich antreten, oder repudiiren, oder deliberiren wolle; können jezt meine Erben binnen dem Rest des Jahres noch antreten? Ich glaube, nein. Meines Dafürhaltens ist die L. 19. C. de iure delib. auf diesen Fall nicht anwendbar. Vergl. jedoch Thibaut l. c. II. 7.

(6) *Perez* ad Cod. tit. de iure delib. n. 2. *Molinaeus* ad Cod. ibid. p. 287. *Christinaeus* in decis. Belg. vol. 4. decis. 20. n. 2. *Mencken* ad Pand. tit. de iure delib. §. 1. *Wernher* part. 7. obs. 1.

(7) *Voet.* ad pand. tit. de iure delib. n. 2.

§. 549. Von der Wohlthat des Inventariums.

Das Recht zu deliberiren ist zwar nützlich, indessen giebt es dem Erben keine völlige Sicherheit. Denn es können sich, wenn er noch so lange deliberirt hat, noch Gläubiger melden, zu deren Befriedigung die Erbschaft nicht hinreicht. Daher hat Justinian den Erben noch eine vortheilhaftere Rechtswohlthat ertheilt. Diese ist die Rechtswohlthat des Inventariums, das Recht nemlich, unter öffentlicher Autorität ein Verzeichniß über die Verlassenschaft verfertigen zu lassen, und alsdann nicht mehr Schulden bezahlen zu dürfen, als aus der Erbmasse bezahlt werden können. Der Erbe, welcher sich dieser Rechtswohlthat bedient, ist also gegen allen Nachtheil völlig gesichert (*1), und eben darum bedient man sich heutigestages selten des Deliberationsrechts, sondern greift, wenn eine zugefallene Erbschaft einem verdächtig ist, sogleich zum beneficio inventarii. Das Römische Recht erfordert übrigens zu einem legalen Inventarium: 1) daß es binnen dreyßig Tagen (von dem Augenblick an, da der Erbe den Anfall der Erbschaft vernommen hat) zu rechnen, angefangen; 2) innerhalb den folgenden 60 Tagen, oder wenn Hindernisse vorwalten, binnen Einem Jahr, vollendet werde. 3) Daß man Tabularios dazu nehme (*2); 4) daß die legatarii und fideicommissarii dazu vorgeladen; oder 5) wenn diese abwesend sind, drey Zeugen zugezogen werden; 6) daß der Erbe das Inventarium unterschreibe, und den Betrag des Vermögens bemerke, oder wenn er nicht selbst schreiben kann, dieß durch einen Tabularium verrichten lasse, und nur mit eigener Hand das venerabile signum crucis, wie Justinian sagt, darunter setze.

Diese Vorschriften aber werden heutigestages nicht beobachtet, sondern die Obrigkeit, oder (wiewohl dieß selten geschieht) ein Notarius macht das Inventarium, versiegelt daher sogleich nach dem Tode des Erblassers das Vermögen (*3); resignirt (gewöhnlich nach vier Wochen) wieder, und stellt nun das Verzeichniß der ganzen Verlassenschaft, das heißt, der ausstehenden Schulden, der liegenden Güter, des baaren Geldes und der Mobilien auf; ohne die legatarios zu citiren, und ohne die übrigen Römischen Erfordernisse zu beobachten (*4).

In Sachsen ist eine beschworne Privatdesignation eben so wirksam, als ein öffentliches Inventarium; das heißt, wenn der Erbe ohne Zuziehung der Obrigkeit für sich ein Verzeichniß der Erbstücke macht, und dieses beschwört; so ist er nicht verbunden, mehr Schulden zu bezahlen, als die Erbmasse vermag. Ausser Sachsen aber ist (*5) nach der richtigern Meynung eine solche Privatdesignation dazu nicht hinreichend (*6).

(1) Daß der Erbe sich diese Rechtswohlthat ausdrücklich bedinge, ist nicht nöthig. Strube rechtl. Bed. 5. Theil, 2. Bed. *Becmannor.* consil. Tom. II. pag. 489. sqq. — — Durch das beneficium inventarii ist zwar das Recht zu deliberiren nicht aufgehoben; wer sich aber des letztern als Erbe bedient, kann danächst nicht noch cum beneficio inventarii antreten wollen, wie es *Hofacker* princip. iur. civ. §. 1460. zulässig findet. *Aeminga* diss. an heres deliberans beneficio inventarii uti possit? Gryph. 1773. vergl. jedoch Reichhelm Vers. einer Auslegung dunkler ꝛc. Gesetze. nr. 6. S. 228. W.

(2) Die tabularii oder conditionales waren Leute, welche unter andern dazu bestellt waren, öffentliche Urkunden zu verfertigen, *Brissonius* de verb. signif. voc. tabularius. *Car. Frid. Walch* de inventarii hereditatis forma, legibus Hamburgensibus praescripta, Ien. 1774) §. 7. not. a)

(3) Die Obsignation ist im Römischen Recht nicht vorgeschrieben, sondern gründet sich in einer deutschen Gewohnheit. Es fragt sich aber, ob sie zur Gültigkeit des Inventariums schlechterdings erforderlich sey? Dieß behauptet *Leyser* sp. 364. med. 4. 5. Allein *Müller* obs. 561. zeigt, daß es dieser Behauptung an hinlänglichen Gründen fehlt.

(4) *Wachau* diss. de solennitatibus et effectibus inventarii hereditatis (Altorf. 1726.) cap. 2.

(5) Wie *Leyser* sp. 365. med. 1. *Carrach* diss. de diff. iur. rom. et germ. in benefic separat. pag. 21. und Andere glauben.

(6) *Pufendorf* tom. 2. obs. 101. §. 2. *Reinharth* ad *Christin.* vol. 4. obs. 30. p. 29. sqq. Strube rechtl. Bed. 3. Th. 314. S. *Müller* ad *Leyser* obs. 563. Die Wirkung des inventarii ist übrigens nicht, daß der, welcher die Erbschaft damit antritt, gar nicht als Erbe anzusehen, oder auch befugt wäre, die Erbschaft wieder zu repudiiren, wie mancher Rechtslehrer, z. E. *Franzk.* resolut. lib. 3. res. 6. behaupten. S. *Hert.* diss. de effectu non confecti inventar. Sect. 2. §. 8. opusc. Vol. 2. Part. 3. p. 171. sqq. *Reinharth* ad *Christin.* IV. 34. *Wachau* l. c. cap. 3. §. 5.

§. 550. Von der Repudiation.

Wenn jemand erklärt, daß er die ihm angefallene Erbschaft nicht haben wolle, so sagen die Römischen Rechtsgelehrten: *repudiat hereditatem*. Diese Repudiation geschieht entweder durch Worte, oder durch Handlungen. Im ersten Fall heißt es im eigentlichen Verstande *repudiat*: im letztern *omittit*. Beyspiele von Omission sind, wenn der Enterbte oder Uebergangene dem eingesetzten Erben ein Erbschaftsstück abkauft, oder eins von ihm pachtet; wenn er dem Erben bezahlt, was er dem Verstorbenen schuldig war, oder das, was er an diesen zu fordern hatte, sich vom Erben auszahlen läßt rc. Wer übrigens eine Erbschaft antreten kann, ist auch befugt, sie zu repudiiren, und gleichwie ich keine Erbschaft antreten kann, ehe sie mir angefallen ist, eben so kann ich sie auch nicht eher repudiiren. Wenn ich also a) noch bey Lebzeiten des Verstorbenen erklärt hätte, daß ich seine Erbschaft nicht haben möge (*1); oder b) unter einer Bedingung eingesetzt bin, und vor deren Erfüllung äussere, daß ich nicht erben wolle; oder c) während der Zeit, daß der nähere Erbe deliberirt, eine solche Erklärung thue (z. E. wenn während dem, daß der Testamentserbe deliberirt, ich, der Intestaterbe, mich verlauten lasse, ich verlange die Erbschaft nicht): so sind alle Aeusserungen ohne Wirkung, und ich kann dem ohngeachtet die Erbschaft antreten (*). Desgleichen, wie zur gestione pro herede concludente Thathandlungen erforderlich sind, so sind auch eben dergleichen zur Omission nöthig. Das bloße Stillschweigen des Erben, wenn er einen Andern im Besitz der Erbschaft läßt, ist keine Omission. Erst, wenn der Ablauf von dreyßig Jahren hinzukommt, ist die Erbschaft verlohren (*2).

Hat der Erbe einmal repudiirt, so kann er die Erbschaft hernach nicht wieder verlangen; es wäre dann, daß er noch unmündig wäre, oder minderjährig, und sich gegen die Repudiation in integrum restituiren ließe (*3).

(1) L. 94. D. de A. vel O. H.
(*) Man sehe auch hiebey L. 17. §. 1. L. 70. L. 77. D. de adq. vel omitt. hered. *Hofaker* princip. iur. civ. §. 1470. W.
(2) *Leyser* sp. 372. med. 1.
(3) L. 24. §. 2. D. de minor. L. 1. 2. C. si ut omiss. heredit. (II. 40.)

TIT. XX

DE LEGATIS.

§. 551. Uebergang zu dieser Materie.

Wir haben bisher von den Erbschaften gehandelt, welche einem aus Testamenten zufallen. In einem Testament aber wird nicht allein ein Erbe ernannt, sondern der Testator verordnet auch gewöhnlich Vermächtnisse darin

Deswegen handeln die Verfertiger der Institutionen in gegenwärtigem Titel die Lehre von den Vermächtnissen ab (*).

(*) C. C. Westphal's hermeneutisch systemat. Darstell. der Lehre von Vermächtnissen und Fideicommissen rc. zwey Theile. Leipzig 1791. Desselben System d. Lehre von d. einzelnen Vermächtnißarten rc. Leipzig 1793.

§. 559. Was ist legatum, was fideicommissum, und wie vielerley das letzte?

Wenn ich einem etwas in einem letzten Willen verlasse, so verordne ich entweder verbis *directis*, daß er es unmittelbar von mir erhalten soll, oder erkläre verbis *obliquis*, daß er es mittelbar bekommen, daß es zuvor ein Anderer haben soll, ehe er es bekommt, daß es ihm von einem Andern abgetreten werden soll.

Wenn ich einem etwas verbis directis unmittelbar zuwende, so ernenne ich ihn entweder zum allgemeinen Nachfolger (successore universali), oder nur zu einem besondern (successore singulari).

Jeder dieser Nachfolger hat seinen eigenen Namen. Der verbis directis ernannte unmittelbare successor universalis heißt *heres directus*; der verbis directis bestimmte unmittelbare successor singularis heißt *legatarius*; und endlich der, welchem verbis obliquis etwas hinterlassen wird, das er unmittelbar bekommen soll, heißt *fideicommissarius*.

Ehe ich weiter gehe, muß ich den Unterschied zwischen einem Universal- und Singularsuccessor erörtern. Ich ernenne einen zum allgemeinen Nachfolger, wenn ich verordne: 1) daß er mein ganzes Vermögen, oder eine *partem quotam* (*1) mit dem iure accrescendi haben; aber auch 2) Schulden bezahlen soll. Also successor universalis ist nicht das, was man im Deutschen Universal-Erben nennt. Wenn ich z. B. drey Erben ernenne, so ist jeder successor universalis; denn jeder bekommt partem quotam, und hat, wenn die andern wegfallen, das ius accrescendi. Hingegen successor singularis ist, wer ein *emolumentum singulare*, d. i. 1) nur eine einzelne Sache, oder mehrere einzelne Sachen, oder partem quotam der Erbschaft, oder partem quantam daraus erhält; 2) so, daß er keine Schulden des Verstorbenen davon bezahlt, und 3) kein ius accrescendi in der Erbschaft hat; das ist, wenn gleich ein Erbe, oder auch alle Erben wegfallen, darum doch nicht Erbe wird.

Das Fideicommiß ist dreyerley, entweder *universale*, oder *particulare*, oder *singulare*. Wenn ich meinem Erben aufgebe, die ganze Erbschaft an einen Andern zu restituiren, so ist es fideicommissum universale; wenn ich ihm aufgebe, jemanden eine partem quotam abzutreten, so ist es particulare; und wenn ich endlich verordne, daß er eine einzelne Sache an einen Andern abtrete, so ist es singulare. Wiewohl Andere besser und dem Römischen Sprach-

gebrauch gemäßer, nur zwey Gattungen annehmen a) universale und b) particulare oder singulare. Sie nennen nemlich universale fideicommissum, wenn der Erbe die ganze Erbschaft, oder partem quotam, und particulare, oder singulare, oder speciale, wenn er eine einzelne Sache herausgeben soll (*2).

Der heres directus und legatarius sind also von einem fideicommissario 1) wesentlich darin unterschieden: jene erhalten unmittelbar, gleichsam aus der Hand des Verstorbenen, was ihnen zugedacht ist; dieser erhält es mittelbar; es geht durch eine oder mehrere Hände, ehe es an ihn gelangt; es wird ihm restituiret. Die verordnete Restitution ist also ein zuverläßiges Kennzeichen eines Fideicommisses. Ausserdem und 2) waren bey den Römern zu den Zeiten der classischen Juristen die directen Erbeseinsetzungen und Legate von den Fideicommissen auch durch die Formeln unterschieden. Jene wurden *verbis directis, civilibus, solennibus, legitimis, imperativis;* diese verbis *obliquis, inflexis, vulgaribus, precativis, precariis, fideicommissariis* verordnet. Verba directa etc. nemlich waren Formeln, welche durch ein Gesetz vorgeschrieben, oder durch die Praxis eingeführt, und befehlsweise abgefaßt waren; z. E. heres esto, heres sit, heredem esse iubeo, und die im §. 554. angeführten Formeln. Alle andere Redensarten hießen verba inflexa, vulgaria, precaria etc. wenn sie auch gleich wie ein Befehl lauteten. So waren z. E. verba obliqua nicht nur: peto, deprecor, cupio, desidero, fideicommitto, sondern auch diese: volo dari, mando, iniungo, exigo ut des (*3). Da aber Constantin M. die Formeln bey den Erbeseinsetzungen und Legaten abschaffte (§. 441. 555.), da dergleichen heutigestages eben so wenig nöthig oder üblich sind, und da wir im gemeinen Leben die Wörter Erbschaft und Vermächtniß nicht einmal so genau unterscheiden, als der Römer sein *hereditas* und *legatum*: so haben wir keine andere Unterscheidungszeichen für directe Erbschaften, Legate und Fideicommisse, als folgende:

a) Wenn jemand verordnet, daß ich seine Erbschaft ganz, oder zum Theil (partem quotam), und zwar unmittelbar aus seinen Händen erhalten soll: so bin ich heres directus. Man s. §. 568.

b) Legt jemand seinem Erben auf, mir die Erbschaft ganz, oder zum Theil (partem quotam) sogleich, oder nach Verlauf einer gewissen Zeit herauszugeben: so bin ich heres fideicommissarius.

c) Soll ich eine einzelne Sache, mehrere einzelne Sachen, eine Quantität, eine Summe, dergestalt bekommen, daß sie ein Anderer nicht zuvor haben soll, so bin ich legatarius.

Endlich d) wenn ich eine einzelne Sache, mehrere Sachen, eine Quantität, oder eine Summe dergestalt aus einem letzten Willen bekomme, daß sie zuvor ein Anderer haben soll; so bin ich fideicommissarius singularis (*4).

Machte also Jemand folgendes Testament:	So wäre:
1) den A. setze ich zu meinem Erben ein.	A. heres directus.
2) Er soll aber die Erbschaft nur lebenslang besitzen und geniessen. Nach seinem Absterben soll Sie auf B. fallen.	B. heres fideicommissarius.
3) Dem C. vermache ich mein Haus.	C. legatarius.
4) Er soll es aber gleichfalls nur lebenslänglich haben. Nach seinem Tode soll es D. bekommen.	D. fideicommissarius singularis.

Hieraus ergiebt sich die Definition des *legati* oder Vermächtnisses. Das Wort wird entweder in subjectiver oder objectiver Bedeutung genommen. In der ersten bedeutet es einen letzten Willen, worin jemand durch Imperativworte zum successore singulari ernannt, oder (welches einerley ist) ihm ein emolumentum singulare hinterlassen ist, welches er unmittelbar aus den Händen des Erblassers bekommen soll. In der letzten Bedeutung wird das emolumentum singulare selbst, das einem durch Imperativworte in einem letzten Willen verlassen wird, legatum genannt (*[5]).

(1) *Pars quota* heißt ein Theil der Erbschaft, der blos relativisch gewiß und bestimmt ist, weil sein Verhältniß zum Ganzen angegeben ist, oder, wie *Leyser* sp. 361. med. 3. sagt, pars quota est pars per divisionem determinanda. Z. E. wenn ich sage: A. soll ein Drittel, ein Viertel meines Vermögens haben; so bekommt er partem quotam. Pars quanta hingegen ist ein Theil, der absolut bestimmt ist, eine Quantität, eine Summe, z. E. B. soll ein Stück Wein, soll 1000 Rthlr. haben. Ich habe gesagt: ein Erbe bekommt die ganze Erbschaft, oder partem quotam. Oben (§. 490.) ist zwar ein Fall angeführt, wo ein Erbe weiter nichts, als eine gewisse Sache erhält; allein auch damals ist bemerkt worden, daß ein solcher Erbe ein Mittelding von Erbe und Legatar sey — — Indeß ist er doch auch Erbe, und kann als solcher mit voller Wirkung eintreten. Ueberhaupt sieht man wohl aus der Vergleichung des hier Gesagten mit §. 482. und 568. daß der Unterschied, wovon die Rede ist, im Wesentlichen nicht darauf beruhe, ob Jemand zunächst den ganzen Nachlaß, partem quotam, oder rem certam erhalte; sondern ob er im Ganzen den Vorgänger in Rechten und Verbindlichkeiten vorstelle, so daß ihm auch alles Hinterlassene gebührt, in sofern keine andere gültige und wirksame Verfügung darüber vorhanden und anwendlich ist, – successor universalis, heres – oder ob sein Recht sich für jetzt und für immer nur auf gewisse Theile und Verhältnisse des Ganzen einschränkt, ohne mit jener allgemeinen Vorstellung des Vorgängers verbunden zu seyn – successor singularis. W.

(2) *Berger* Oec. iur. lib. 2. tit. 4. th. 32. not. 2.

(3) Verba directa heissen auch *pacta*. Paull. recept. sent. lib. 4. tit. 1. §. 5. 6. *Ulp.* tit. 24. §. 11. tit. 25. §. 1. 2. *Boehmer* diss. de verb. direct. et obliquis § 7. sqq. in Ex. ad Pand. Tom. I. p. 101. sqq.

(4) Wenn Jemand ausdrücklich erklärt, er bestimme diese Sache zu einem Fideicommiß z. B zu einem Familienfideicommiß, so ist die Sache für sich klar.

(5) Uneigentlich reden Modestin L. 36. de leg II. und Justinian pr. I h. t. wenn sie sagen, das Vermächtniß sey eine *donatio* a defuncto relicta. *Walch* controv. pag 237. edit. III. — Dem noch geltenden Rechte angemessener ist folgende Erklärung: Vermächtniß (legatum) ist ein bloß einseitiger letzter Wille (also nicht nach Art eines Vertrages gemacht, wie donatio mortis causa), wodurch Jemanden etwas als besonderm Nachfolger directe hinterlassen wird. Die objective Bedeutung ergiebt sich hieraus von selbst. W.

§. 553. Unterschied der Legate und Fideicommisse.

Nach dem alten Römischen Recht war ein großer Unterschied zwischen legatis und fideicommissis particularibus, oder singularibus (*1). 1) Die legata konnten nur in einem Testament, oder in Codicillen, die im Testament bestätigt waren, verlassen werden; fideicommissa aber auch in nicht bestätigten Codicillen; ja durch einen bloßen Wink (nutu), wenn die Krankheit den Disponenten am Reden hindert, und er schon zuvor seinen Willen durch Worte erklärt hat (*2). 2) Die legata konnten nur in lateinischer Sprache verordnet werden, Fideicommisse auch in griechischer. Denn die legata wurden durch gewisse Formeln ausgedruckt, diese aber waren lateinisch. 3) Die legata wurden nach dem strengen Recht erklärt, die Fideicommisse nach der Billigkeit. 4) Einem Legatar konnte man kein Legat auflegen, wohl aber ein Fideicommiß. Einem Fideicommissar konnte man beydes auflegen (*3).

(1) S. *Ulpian*. fragm. tit. 25. Wie konnte also Ulpian L. 1. D. de legat. I. schon sagen: per omnia exaequata sunt legata fideicommissis? Fast alle Ausleger halten diese Stelle für ein Tribonianisches Emblem. Aber *Amaya* obs. iur. lib. 2. cap. 3. Opp. pag. 486. *Bynkershoek* obs. lib. 7. cap. 18. und Andere suchen den Tribonian zu vertheidigen. Man s. auch *Glück* opusc. Fascic. 1. pag. 200. sqq.

(2) Indessen behaupten Viele, daß auch Legate durch einen Wink hätten verordnet werden können. Man sehe *Athanas. Oteyza* et *Olano* paralipom. et elect. iur. civ. lib. 2. cap. 2. in *Meermann*. thesaur. tom. 1. p. 429.

(3) *Ulp.* tit. 24. §. 19. Noch mehr Verschiedenheit der Legate und Fideicommisse führt *Vinn.* ad §. 3 h. t. n. 2. sqq. an.

§. 554. Vier Gattungen der Legate nach dem alten Recht.

Die legata waren von viererley Art: 1) *per vindicationem*, wenn man die Formel brauchte: Titio do, lego; Titius sumito, capito, habeto, sibi vindicato. 2) *Per damnationem*, wenn der Testator sagte: heres damnas, (das ist damnatus) esto dare; oder heres dato, facito, heredem dare, facere iubeo. 3) *Per praeceptionem*, wenn man einem Miterben etwas vor

den

den übrigen voraus vermachte. Die Formel war: heres praecipito, praecipuam rem accipito (§. 588. n. 10.). 4) *Sinendi modo.* Der Testirer sagte: heres sinito legatarium sumere vel habere (*1).

Der Unterschied zwischen diesen Vermächtnissen war, wenn ich einem etwas per vindicationem vermachte, so wurde er Eigenthümer, und zwar dominus Quiritarius, von der Zeit der Erbschaftsantretung an, und konnte daher eine Realklage auf das Vermächtniß anstellen. Hatte ich einem aber etwas per damnationem, oder sinendi modo vermacht, so konnte er nur gegen den Erben eine Personalklage aus dem Testament anstellen. Endlich, wenn ich einem Miterben etwas per praeceptionem vermacht hatte, so konnte er auf dieses Vermächtniß die andern Miterben actione familiae herciscundae belangen (§. 708.) (*2).

(1) *Martin* diss. lanx satura discriminis inter legatorum fideicommissorumque species quasdam obtinentis. Goett. 1787.

(2) *Merill.* obs. lib. 6. cap. 32. *Mylius* diss. hist. legator. cap. 1. §. 9. sqq.

§. 555. Neues Recht.

Justinian hat 1) den Unterschied zwischen legatis und fideicommissis singularibus aufgehoben; das heißt, sie sind zwar noch immer theoretisch unterschieden, und es giebt Fälle, wo die Frage sehr wichtig ist, ob das, was ich aus einem letzten Willen erhalten soll, ein Legat oder Fideicommiß sey; aber beyde haben einerley Rechte und Wirkungen (*1). Ich sage, zuweilen kommt viel darauf an, zu bestimmen, ob das, was mir Jemand hinterlassen hat, ein Legat oder Fideicommiß sey. Pufendorf (*2) hat einen Fall dieser Art. Ein Testator, der ein guter Jurist war, also wohl wissen mußte, daß Legate und Fideicommisse unterschieden sind, sagte: wenn mein Erbe ohne Kinder sterben wird: so sollen 1000 Rthlr. an meine nächsten Verwandte, die Brüder N. zurückfallen. Diese 1000 Rthlr waren kein Legat, sondern ein Fideicommiß, wie das Wort zurückfallen zu erkennen gab. In der Folge machte der Testator eine neue Disposition, und wiederrief alle *legata*, welche er vorher verordnet hatte. Waren hierdurch die 1000 Rthlr. den Brüdern N. auch entzogen? Nein. 2) Auch der Unterschied zwischen einem legato per vindicationem, damnationem, praeceptionem, und sinendi modo hat keinen practischen Nutzen mehr (*3). Nur in dem einzigen Fall, wenn ich einem ein genus vermache, und die Frage entsteht, wer die Wahl habe? so kommt noch etwas auf die Formel an, der sich der Testator bedient hat (*4). Man sehe den 569. §.

(1) Quod deest legatis, sagt Justinian, hoc repleatur ex natura fideicommissorum, et si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura §. 3. h t. ibique *Vinn.* n. 4. et 5. L. 2. C. commun. de legat. (VI. 43.) *Galvanus* de usufr. cap. 14. *Aulisius* in commentariis iur. civ.

Tom. I. p. 332. sqq. *Mylii* diss. cit. historia legatorum Lips. 1731. Zwar will *Giphanius* ad Inst. p. 267. sqq. und in explanat. difficil. LL. cod. Part. 2. pag. 175. sqq. noch immer einen vielfachen Unterschied in den Rechten der Legate und Fideicommisse behaupten. Aber nur in Ansehung eines einzigen Puncts (§. 616. 617.) läßt sich mit Grund ein Unterschied annehmen. Indessen spricht Justinian hier und da so, als wenn noch mehr Verschiedenheiten Statt fänden. *Vinn.* l. c. n. 5.

(2) *Pufendorf* obs. tom. 4. obs. 9. Es traten freylich noch andere besondere Umstände bey. Bey dem Oberappellationsgericht in Darmstadt kam im Jahr 1789. ebenfalls ein solcher Fall vor. Eine Testatricin setzte in ihrem Testament 100000 Fl. zu einem Familienfideicommiß aus, und machte verschiedene Legate. Darauf sagte sie: alle vorhin bestimmte Vermächtnisse sollen erst ein Jahr nach meinem Tode ausbezahlt werden. War dieß auch auf das Familienfideicommiß zu ziehen? Das O. A. Gericht hat die Frage verneinend entschieden.

(3) Zuerst verordnete das SC. Neronianum, ut quod minus pactis verbis legatum, perinde esset ac si optimo iure legatum esset, daß ein Fehler in der Formel des Vermächtnisses der Gültigkeit desselben nicht schaden solle. *Ulp.* fragm. Tit. 24. §. 11. Die K. Constantin, Constantius und Constans giengen noch weiter, indem sie festsetzten, daß ein Legat ohne alle Formeln sollte verlassen werden können. L. 21. C. de legat. (VI. 37.) Endlich hob Justinian den Unterschied der vier Arten von Legaten ganz auf. L. 1. C. commun. de legat. (VI. 43.) *Ian. a Costa* ad §. 2 I. h. t. *Schulting* ad *Ulp.* l. c.

(4) Wiewohl *Merill.* obs. lib. 6. cap. 33. und Andere behaupten, auch hier komme auf die Formel nichts an. Allein man s. *Vinn.* ad §. 22. h. t. n. 6. *Stryk* interesse controversiar. iur. cap. 9. §. 20.

§. 556. Dreyerley Arten, ein Vermächtniß und Fideicommiß zu hinterlassen.

Daher können legata und fideicommissa singularia heutigestags auf dreyerley Art hinterlassen werden; 1) in einem Testament, 2) in Codicillen, 3) durch einen mündlichen Befehl an den Erben. Im ersten Fall sind die Erfordernisse der Testamente nöthig; im zweyten Fall müssen die Regeln der Codicille beobachtet werden; im letzten Fall sind gar keine Sollennitäten erforderlich, sondern es ist genug, daß der Erbe bey dem Testator gegenwärtig ist, und dieser das Vermächtniß oder Fideicommiß ihm mündlich auflegt §. 617.).

§. 557. Wer kann legiren?

Die Vermächtnisse und Fideicommisse stimmten mit der Erbeseinsetzung 1) darin überein: wer ein Testament machen, und einen Erben einsetzen kann, ist auch befugt, Vermächtnisse und Fideicommisse zu hinterlassen; und 2) wer nicht testiren kann, ist auch nicht im Stande, ein Vermächtniß oder Fideicommiß anzuordnen. Das Verzeichniß der Personen, die nicht testiren können, haben wir im Titel: quibus non est permissum facere testamentum, erhalten. Alles dort Gesagte ist also hier zu wiederholen. Ein filius familias z. E. kann kein

Testament machen, wenn er nicht ein peculium castrense oder quasi castrense hat (§. 466.); er kann daher auch keine Vermächtnisse hinterlassen.

§. 558. Wem kann legirt werden?

3) Wer im Testament nicht zum Erben ernannt werden kann, der kann auch keine Vermächtnisse und fideicommissa singularia erhalten. Was oben (§. 482. u. f. f.) von der Erbfähigkeit, und den verschiedenen Zeitpuncten, wo sie vorhanden seyn muß, angeführt worden ist, gilt gewissermassen auch hier (*[1]). Ein einziges Vermächtniß ist ausgenommen, das Vermächtniß der Alimente. Denn dieses kann auch solchen Personen hinterlassen werden, die man nicht zu Erben einsetzen kann. Z. E. ein Apostate kann nicht zum Erben ernannt werden, aber die nothdürftigen Alimente kann man ihm vermachen (*[2]). Alle Personen, welche Erben seyn können, können auch Vermächtnisse erhalten; also 4) auch ungewisse Personen, wenn sich, wie oben (§. 485.) schon gesagt ist, die Ungewißheit nur heben läßt. 5) Die Armen. 6) Städte. 7) Erlaubte Collegien (*[3]). 8) Ein postumus alienus. Nach den alten Römischen Gesetzen gieng dieß nicht an (§. 487.). 9) Unnütz ist das Vermächtniß, welches ich dem Sklaven meines Erben verlasse. Denn der Sklave kann nichts Eigenes haben; das Vermächtniß fallt also wieder auf den Erben zurück. Nur alsdann ist es wirksam, wenn ich dem Sklaven des Erben auf den Fall, daß er freygelassen wird, etwas vermache.

Aus gleichen Gründen wäre auch ein Vermächtniß unnütz, das ich meinem Universalerben hinterlassen wollte (*[4]). Denn er bekommt ja ohnehin die ganze Erbschaft. Wenn ich aber mehrere Personen einsetze, und einer derselben etwas zum voraus vermache: so ist das Vermächtniß nützlich, es heißt *praelegatum* (*).

Von diesen Prälegaten ist der wichtige und folgenreiche Satz zu bemerken: der Miterbe bekommt nur einen Theil des Prälegats als Legatar, den andern Theil bekommt er als Erbe (*[5]). Einen eben so großen Theil, als er von der Erbschaft erhält, bekommt er auch als Erbe vom Prälegat. Z. E. wenn drey Miterben, jeder auf ein Drittheil, eingesetzt sind, und einem von ihnen, dem A 600 Rthlr. prälegirt werden: so bekommt er nur $\frac{2}{3}$, also 400 Rthlr. als Legatar; $\frac{1}{3}$, oder 200 Rthlr. behält der Erbe. Die 400 Rthr. nemlich werden ihm von seinen Miterben bezahlt; diese sind also ein wahres und gültiges Legat. Hingegen die übrigen 200 Rthlr. müßte er sich selbst bezahlen, sie sind ein legatum heredi a se ipso relictum. Dieses aber ist ungereimt; A zahlt sich also diese 200 Rthlr. nicht als ein Legat aus, sondern behält sie als Erbe (*[6]).

(1) Nemlich bey unbedingten Vermächtnissen muß der Legatar fähig seyn 1) zur Zeit, da das Vermächtniß verordnet wird (wegen der Catonianischen Regel); 2) zu der Zeit, da der Erblasser stirbt (denn jetzt erhält der Legatar ein Recht

auf das Legat). Von diesem Zeitpunct an muß er fähig bleiben bis auf die Annahme des Legats. Bey bedingten Vermächtnissen kommt es wieder darauf an, ob die Bedingung bey Lebzeiten des Erblassers, oder nach dessen Absterben erfüllt wird. Im ersten Fall muß die Fähigkeit vorhanden seyn, 1) zur Zeit, da das Legat verordnet wird, 2) zur Zeit, wo der Erblasser mit Tode abgeht (in diesem Zeitpunct erhält der Legatar ein Recht), und von da an bis zur Agnition des Legats; im zweyten Fall, 1) zu der Zeit des verordneten Legats, 2) wann die Condition existirt (denn jetzt erst fängt das Recht des Legatars an), und von da an, bis zur Annahme des Vermächtnisses. Lehr Erörterung der Frage, in welchem Zeitpuncte der Testamentserbe, oder Legatar erbfähig seyn müsse §. 20. 21.

(2) Nach dem Voconischen Gesetze konnte eine Weibsperson nicht zum Erben eingesetzt werden; vermachen konnte man ihr, doch nicht über 100,000 Sestertien.

(3) *Melch. Dethm. Grolmann* diss. de legato collegio relicto. Giss. 1719.

(4) "Es lassen sich indessen Fälle denken, wo ein solches Vermächtniß nützlich ist: Wenn es z. B. heißt: ich vermache dem A. mein Haus, er soll aber dagegen sein Reitpferd meinem Erben als ein Legat geben. Auch im Falle eines Universalfideicommisses ist das Legat für den Universalerben nicht vergeblich. §. 614. N. 1. „Hugo.

(*) Man sehe hiebey von Nettelbladt Systemat. Entw. der Lehre von Prälegaten nach den Grunds. des Röm. Rechts. Rostock und Leipz. 1802.

(5) L. 18. §. ult. ad SCt. Trebell. L. 91. ad L. Falcid.

(6) Doch ist diese Regel nur von dem Fall zu verstehen, wenn das Prälegat einem Miterben aus der ganzen Erbschaft verlassen ist. Denn, wenn ein Miterbe von seiner Erbportion dem andern Miterben das Prälegat auszahlen soll, z. E. es heißt: A und B sollen meine Erben seyn, A aber soll von seinem Theil 100 Rthlr. an den B abgeben: so bekommt der Miterbe B das ganze Prälegat als legatarius. *Hert.* diss. de praelegat. §. 14. in opusc. vol. 1. part. 3. p. 215. *Voorda* interpret. lib. 2. cap. 5. Eine practische Folge dieser Sätze wird unten §. 598. vorkommen. Eine zweyte führt Ulpian in der L. 18. §. ult. D. ad SC. Trebell. an: si legatum sit heredi relictum, et rogatus sit, portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere, quod a coherede accepit, caeterum, quod a semet ipso ei relictum est, in fideicommissum cadit. Und nach dieser Regel hat das O. Appellationsgericht zu Darmstadt in S. Adv. pior. corp. c. Schneider von Roseneck im Jahr 1785 erkannt.

§. 569. Wem kann ein Legat auferlegt werden?

Jeder, der etwas aus meiner Verlassenschaft erhält, kann auch mit Legaten und Fideicommissen beschwert werden (*); also nicht nur der Erbe, sondern auch der legatarius und fideicommissarius, und deren Erben; das heißt, ich kann einem ein Vermächtniß hinterlassen, und ihm befehlen, daß er, oder seine Erben wieder etwas an einen Andern bezahlen soll; z. E. ich kann sagen: A. soll mein Landgut haben, aber an meine Wittwe ein Vermächtniß von 1000 Rthlr. bezahlen (species legatur, cum onere quantitatis); oder dem A. sollen 4000 Thlr. vermacht seyn, er soll aber sein Haus meinem Bruder abtreten (quantitas legatur, cum onere speciei); oder ich vermache dem A. 1000 Tha-

ler, er soll aber ein Stück Wein 1783er Hochheimer an meinen Erben liefern (quantitas legatur, cum onere quantitatis). Nur versteht sichs von selbst, daß das, was ich einem vermache, mehr betragen muß, als das, was er abgeben soll. Z. E. im ersten Fall muß das Landgut mehr als 1000 Rthlr. werth seyn, sonst wird es der legatarius nicht annehmen. Nimmt er es an, so muß er die 1000 Rthlr. bezahlen, wenn es gleich soviel nicht werth ist (* 1).

(*) Dieses bezeichnet der Römische Ausdruck: legare ab aliquo, d. i. Jemanden mit einem Vermächtniß beschweren. Legatum a Titio relictum, d. i. ein Vermächtniß, welches Titius zu leisten hat. Dieser heißt daher auch oneratus, so wie derjenige, dem etwas vermacht oder hinterlassen ist, honoratus genannt wird.

(1) Nur in dem Fall, wenn ich einem eine Summe Geld vermache, und ihm wieder auflege, eine Summe zu bezahlen, gilt die Regel: wenn gleich der Legatar das Legat angenommen hat, so ist er dennoch nicht mehr zu leisten schuldig, als den Betrag des Vermächtnisses, z. E. wenn es heißt: ich vermache dem A, 1000 Thlr.; nach seinem Tode aber sollen seine Erben 2000 Thlr. an das Waysenhaus bezahlen: so sind die Erben nicht mehr als die 1000 Thlr. und die Zinsen dieses Capitals, während dem, daß es A. genossen hat, zu zahlen schuldig. L. 70. §. 1. de legat. II. Jene Regel gilt auch alsdann, wenn es ungewiß ist, wieviel die species legata dem Legatar eintragen wird, L. 114. §. 1. de legat. I.; desgleichen in dem Fall der L. 24. §. 12. de fideicommiss. libert. si legatarius rogatur, servum alienum redimere et manumittere. Denn der Eigenthümer des Sklaven könnte einen ungeheuren Preis fordern.

§. 560. Welche Sachen können legirt werden?

Alle Sachen, die schon existiren, oder in Zukunft existiren können, sind ein Gegenstand der Vermächtnisse; sie mögen körperlich oder unkörperlich seyn. Ich kann einem also die Jagdgerechtigkeit, das Zehendrecht, eine Summe Geld, ausstehende Schulden, und jede andere unkörperliche Sache (§. 340.) vermachen. Nur muß die Sache 1) im Commerz des Legatars, das heißt, er muß berechtigt seyn, sie zu acquiriren und zu alieniren. Also ein Grabmal konnte ich einem nicht vermachen, denn dieß war extra commercium (§. 265.). Allein, kann er denn, wenn die Sache nicht in seinem Commerz ist, nicht die Aestimation fordern? Man distinguire, entweder ist a) die Sache überhaupt nicht im Commerz, oder b) nur nicht im Commerz des Legatars, oder c) nicht im Commerz des Testators, oder endlich d) nicht im Commerz des Erben. Im ersten Fall kann der Legatar gar nichts fordern, z. E. wenn einem eine heilige oder religiöse Sache vermacht wäre. Nam furiosi est, talia legata testamento adscribere, sagt Ulpian (* 1). Wie aber (der zweyte Fall), wenn Andere die Sache an sich bringen können, und nur der Legatar dazu nicht befugt ist? Z. E. in den meisten deutschen Provinzen können die Juden keine liegenden Güter besitzen; was ist also Rechtens, wenn ich einem Juden dergleichen

vermache? Viele Juristen (*2) glauben, daß auch in diesem Fall der Legatar den Werth nicht fordern könne. Die Gründe für das Gegentheil scheinen mir aber überwiegender (*3). Daß endlich im dritten und vierten Falle, wenn zwar der Testator oder Erbe die Sache nicht eigenthümlich besitzen können, wohl aber der Legatar, das Legat gültig sey, ist ausser Zweifel. L. 49 § 3. de legat. II.

Auch muß ich 2) keinem eine Sache vermachen, die schon sein ist. Der Fall wird sich nicht leicht zutragen, doch ist er möglich. Man stelle sich z. E. vor, daß A. ein Haus miethsweise bewohnt, daß er es nachher kauft, daß ich, ohne von diesem Kauf etwas zu wissen, ein Testament mache, und meinem Erben aufgebe, es für den A. zu kaufen. Ein solches Vermächtniß ist ohne allen Nutzen. Der Legatar kann weder die Sache selbst, denn diese ist schon sein, noch den Werth derselben verlangen; quia, quod proprium est legatarii, wie Justinian § 10. h. t. sagt, amplius eius fieri non potest. Auch selbst alsdann bleibt das Vermächtniß ungültig, wenn A. sein Haus nachher wieder verkauft; denn ein Vermächtniß, das von Anfang nicht gilt, kann vermöge der Catonianischen Regel nie gültig werden (§. 482.). Ein anders ist zu behaupten, wenn ich einem eine Sache auf den Fall, unter der Bedingung vermache, wofern er sie alieniren wird. Z. E. ich sage im Testament: weil ich fürchte, daß den A. seine Schulden nöthigen werden, sein Haus zu verkaufen, so will ich, daß im Fall dieses wirklich geschieht, mein Erbe das Haus kaufen, und dem A. überliefern soll. Dieses Vermächtniß ist gültig. Denn die Catonianische Regel gilt bey den bedingten Vermächtnissen nicht (*4).

(1) L. 39. §. 7. de legat. I.

(2) *Vinnius*, *Otto* ad §. 4. I. h. t. *Maiansius* disp. iur. tom. 1. pag 351; *Coccei* iur. controv. h. t. qu. 14 *Walch* controvers p. 258. sqq. edit. III. *Koehler* interpret. et emend. lib. 2 cap. 4.

(3) *Beausin* disp. ad L. 40. de legat. I. in *B. Branchu* observ. ad ius rom. pag. 197. sqq. *Püttmann* adversar. lib. 1. cap. 5. S. auch *Reinharth* ad *Christin.* vol. 1. obs. 64. und *Müller* ad *Leyser* obs. 693. Die beyden Hauptstellen, welche unsere Meynung unterstützen, sind L. 114. §. 5 D. de legat. 1.: Si quid alieni licite fuerit relictum, vel ius aliud, quod ipse quidem propter corporis sui vitium, vel propter qualitatem relicti, vel aliam quamcunque probabilem causam habere non potuit, alius tamen hoc habere potuit, quanti solet comparati, tantam aestimationem accipiet; und L. 40. de legat. I. sed si res aliena cuius commercium legatarius non habet, ei cui ius possidendi non est, per fideicommissum relinquatur, puto aestimationem deberi.

(4) L. 1. §. 2. de reg. Cat. sagt: item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, *si eum vivo testatore alienaveris*, legatum tibi debetur. Cujaz und Bachov erklären diese Worte so: Wenn ich dir ein Gut vermache, welches zur Zeit meiner Testamentserrichtung dein ist, und du es nach-

her veräußerst, so gehört dir das Legat; der Erbe muß nemlich das Gut kaufen, oder dem Legatar den Werth bezahlen. Allein auf diese Weise steht Celsus mit Justinian §. 10. h. t. im Widerspruch, wo es heißt: Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum; quia quod proprium est ipsius, amplius eius fieri non potest, et licet alienaverit eam, non debetur nec ipsa res, nec aestimatio eius. Celsus will also vielmehr sagen: wenn ich dir ein Gut, welches zur Zeit meiner Testamentserrichtung dein ist, auf den Fall vermache, daß du es wirklich veräußerst, so gehört dir das Legat. Die Worte: si eum vivo testatore alienaveris, sind nicht Worte des Celsus, sondern des Testaments. *Vinn.* et *Otto* ad §. 10. h. t. Andere geben die sonderbarsten und gezwungensten Erklärungen. S. z. E. *Lyclama* membran. p. 256. et p. 285. *Balk* electa iur. civ. lib. 2. cap. 19. Hätte der Testirer irriger Weise geglaubt, die Sache gehöre schon dem Legatar, und hätte sie ihm doch vermacht, so gilt das Legat, §. 11. h. t. quia exitum voluntas habere potest. Wenn die Sache wirklich dem Legatar gehörte, so würde der letzte Wille nicht erfüllt werden können.

§. 561. Auch zukünftige Sachen können vermacht werden.

Daß die vermachte Sache schon wirklich existire, ist nicht erforderlich. Ich kann einem auch etwas vermachen, das künftighin erst existiren wird; z. E. den Wein, das Getreide, das auf meinen Länderenen im künftigen Jahr wachsen, das Kind, das meine Sklavin gebähren, die Ausbeute, die künftig aus meinem Bergwerk gewonnen wird.

Wenn Jemand einem Früchte (*[a]) aus einem gewissen Gute vermacht, z. E. Wein aus seinem Weinberge, und in diesem nichts wächst, oder nicht soviel, als das Vermächtniß beträgt; also die Frage entsteht: ob der Legatar die Früchte nicht anderwärts her verlangen könne? so kommt es darauf an, ob die Absicht des Erblassers dahin gieng, daß der Legatar nur aus diesem Gut die Früchte erhalten sollte; ob, wie Julian in der unten angeführten Stelle sagt, das Gut *taxationis causa* genannt ist; oder ob seine Willensmeynung war, daß allenfalls auch die Früchte anderwärts hergenommen, und dem Legatar geliefert werden sollten; ob das Gut, wie man sagt, nur *demonstrationis causa* angeführt ist. Hat er seine Absicht deutlich erklärt, so ist kein Streit. Ist dieß aber nicht geschehen, so muß man zusehen, ob nicht aus den Worten, deren sich der Testator bedient hat, seine Absicht mit Wahrscheinlichkeit geschlossen werden kann. Hat er gesagt: ich vermache dem A. ein Stück Wein aus meinem Weinberg, oder: ich vermache dem A. ein Stück Wein, von dem, welcher in diesem Jahr in meinem Weinberg gezogen wird; oder: ich vermache ein Stück Wein, welcher aus dem dießjährigen Gewächs meines Weinbergs genommen werden soll: so ist zu glauben, daß das Legat nur aus dem Weinberge des Testators, und zwar von dem Gewächs des genannten Jahrs, nicht anderwärts her geleistet werden solle. Hieße es hingegen: ich

vermache rc. welches aus dem diesjährigen Ertrag meines Weinbergs genommen werden kann: so müßte man das Gegentheil behaupten. Darauf, ob das Gut und die legirte Sache in Einem, oder in verschiedenen Sätzen genannt sind, kommt es wohl allein nicht an (*2).

(1) Das Vermächtniß künftiger Früchte ist ein legatum purum in Rücksicht auf die Transmission, oder cessionem diei (§. 583.); hingegen conditionale in Ansehung der Verbindlichkeit, d. i. der Legatar kann die Früchte nicht eher fordern, als bis sie gewachsen sind. *Vinn.* ad §. 7. h. t.

(2) L. 5. cit. de trit. vin. ol. sagt: cum certus numerus amphorarum vini legatus esset, *ex eo, quod in fundo Semproniano natum esset*, et minus natum esset, non amplius deberi placuit; et quasi taxationis vicem obtinere haec verba, *quod natum erit.* Ein anderes Exempel giebt Papinian in der L. 25. pr. D. quando dies legat. Firmio Heliodoro fratri meo dari volo quinquaginta ex reditu praediorum meorum futuri anni. Hier sind zwey Fragen: 1) Kann der Legatar das Vermächtniß auch anderwärts her, als aus den Einkünften der Güter fordern? 2) Wenn in dem ersten Jahre nach des Testators Tode die Güter keine 50 eintragen, ist das Legat aus den Einkünften der folgenden Jahre zu ergänzen? Die erste beantwortet sich von selbst mit Nein. Auf die zweyte aber antwortet Papinian: postea (besser propterea) non videri conditionem additam, sed tempus solvendae pecuniae prolatum videri, respondi. Das Vermächtniß ist nicht als ein bedingtes anzusehen: es ist nicht, als ob der Testator gesagt hätte, ich vermache meinem Bruder 50, wofern meine Güter in Einem Jahre so viel eintragen, sondern der Bruder bekommt im ersten Jahr so viel, als die Güter ertragen, mit dem Rest muß er warten. Der Testator hat ja gesagt: *futuri* anni. Unter diesem Ausdruck ist nicht gerade das erste Jahr nach seinem Tode, sondern auch das zweyte rc. begriffen. Fructibus, fährt der Jurist fort, fini relictae pecuniae non perceptis, ubertatem esse necessariam anni secundi. Wenn im ersten Jahre so viele Früchte nicht einkommen, als zu Abtragung des Vermächtnisses nöthig sind: so muß man das folgende Jahr dazu nehmen. Daß übrigens Papinians letzte Worte dunkel sind, empfindet man ohne mein Erinnern. Haloander macht, nach seiner Gewohnheit (S. oben §. 6.) alles deutlich; er liest: ex fructibus fundi relicta pecunia non percepta. Allein die gemeine Lesart ist vorzuziehen; denn fini heißt oft so viel, als usque ad concurrentem quantitatem, *Brisson.* de V. S. voce finis, ibique *Heinecc.* S. auch *Averan.* interpret. lib. 2. cap. 27. Geigers und Glücks Rechtsfälle 1. B. 159. f. f. S.

§. 562. Und fremde Dinge, auch verpfändete.

Nicht nur Sachen, die mein eigen sind, sondern auch fremde (*1) kann ich vermachen. Wenn ich einem nemlich eine Sache legire, die nicht mein gehört: so weiß ich entweder, daß sie einem Andern gehöre, oder nicht. Es kann seyn, daß eine Sache unter den meinigen ist, daß ich geglaubt habe, sie gehöre mein, und in dieser Meynung sie vermache; nach meinem Tode aber zeigt sichs, daß sie einem Andern gehört. In diesem Falle gilt das Legat nicht. Denn es ist zu vermuthen, wie Justinian im §. 4. h. t. sagt, daß ich die Sache nicht

würde

würde legirt haben, wenn ich gewußt hätte, daß sie nicht mein sey (*2). Und warum ist dieß zu vermuthen? Weil man der Regel nach nicht annehmen kann, daß Jemand seinen Erben mit dem Ankauf einer fremden Sache habe beschweren wollen. Wenn ich hingegen gewußt habe, daß die Sache einem Andern gehöre, und sie doch vermache, so gilt das Legat (*3). Z. E. A. bewohnt ein Haus als Miethsmann, das dem B. eigen ist. Ich vermache es dem A. In diesem Fall muß mein Erbe das Haus kaufen, und es dem Legatar übergeben. Ist es aber dem Eigenthümer nicht feil, oder hält er es zu hoch (*): so muß der Erbe dem Legatar den Werth bezahlen. Nun ist aber noch die Frage: 1) wenn es zweifelhaft ist, ob der Testirer gewußt habe, daß die vermachte Sache nicht ihm gehöre, oder ob er es nicht gewußt habe, wer muß den Beweis führen. Muß der Legatar beweisen, daß er es gewußt habe, oder ist der Erbe schuldig, das Gegentheil darzuthun? Der Legatar ist zum Beweis der Wissenschaft verbunden. L. 21. D. de probat. cit. §. 4. l. h. t. Denn jede Wissenschaft ist, wie die Juristen sagen, etwas factisches. Facta aber werden nicht vermuthet, wer ein factum behauptet, muß es beweisen.

2) Wenn ich einem eine Sache vermache, die nicht mein gehört, und er sie an sich bringt; ehe er von dem Vermächtniß Nachricht erhält, z. E. nachdem ich dem A. das Haus vermacht habe, acquirirt er es (bey meinen Lebzeiten oder nach meinem Absterben) eigenthümlich, was ist jetzt Rechtens? Hier ist zu distinguiren: entweder erhält er es unentgeltlich (titulo lucrativo adquirit); es wird ihm z. E. geschenkt; oder er erlegt den Werth dafür (titulo oneroso adquirit); er kauft es z. E. oder bekommt es durch Tausch. Wenn er es unentgeltlich erhalten hat, so kann er von meinen Erben nichts weiter verlangen; denn meine Absicht war, er sollte es umsonst bekommen, und diese ist erfüllt. Dieß drucken die Juristen durch die Regel aus: duae causae lucrativae in eundem hominem et eandem rem concurrere non possunt (*4). Bringt er es hingegen onerose an sich, so kann er von meinem Erben die Erstattung des Werthes fordern. Denn meine Absicht ist, er soll es eigen und umsonst haben. Der erste Theil dieser Absicht ist erreicht, der lezte hingegen noch nicht (*5). Von dem Falle, da Jemanden etwas vermacht wird, was zur Zeit des geschehenen Vermächtnisses schon sein war, ist bereits im vorhergehenden §. 560. gehandelt worden.

3) Was wird aus dem Vermächtniß, wenn ich einem meine eigne Sache vermache, sie aber nachher veräussere? Man s. §. 388.

Auch verpfändete Sachen können vermacht werden. Nur fragt sich, wenn ich einem eine verpfändete Sache vermache, wer muß sie einlösen, der Legatar, oder der Erbe? Wenn der Testator etwas darüber verordnet hat, so ist die Sache klar. Hat er sich aber darüber nicht erklärt, so hat er entweder ge-

wußt, daß die Sache verpfändet ist, oder nicht. Im ersten Fall, welchen jedoch auch der Legatar zu beweisen hat, muß sie der Erbe einlösen, im letzten der Legatar (*6).

(1) Insonderheit Sachen, die meinem Erben gehören. §. 4. h. t. Ein solches Legat ist auch gültig, wenn der Testirer geglaubt hat, daß die legirte Sache ihm eigen sey. L. 67. §. 8. de legat. II. — Ueberhaupt verdient hier nachgelesen zu werden *C. A. Gottschalk* de legato rei alienae. Lips 1800. Einige nicht unerhebliche Erinnerungen dagegen s. in der Bibliothek kl. jur. Schrift. von Hübner und Tittmann II. 1. 86. ꝛc. W.

(2) Nisi proximae personae, vel uxori vel alii tali personae datum sit, cui legaturus esset, et si scisset, rem alienam esse, sagt L. 10. C. h. t. (VI. 37.)

(3) Ist aber das Vermächtniß einer fremden Sache nicht im Canonischen Recht, cap. 5. X. de testam. verworfen? Viele haben dieß behauptet. Allein *Boehmer* in corp. iur. canon. Tom. 2. pag. 500. und *Püttmann* miscellaneor. cap. 6. zeigen, daß in jenem Capitel die Gültigkeit eines solchen Vermächtnisses in Ansehung des Erben und Legatars nicht verworfen, sondern bloß dieses verordnet wird: der Legatar müsse die ihm ohne Wissen des Eigenthümers übergebene Sache restituiren. Daß sich übrigens Pabst Gregorius in dem Gesetz unschicklich ausgedruckt hat, ist offenbar. Vom Vermächtniß einer Sache, die dem Testirer und einem Andern gemeinschaftlich ist, s. L. 5. §. 2. D. de legat. 1. L. 30. §. 4. L. 68. pr. D. de legat. 3. *Vinn.* ad §. 4. h. t. n. 3. et in sel. quaest. lib. 2. cap. 26.

(*) *Gottschalk* l. c. behauptet, daß der Erbe sich auch einen hohen Preis der Sache gefallen lassen müsse, wenn er nur nicht in der Falcidischen Quarta dadurch verkürzt würde. Dies scheint aber doch über die vermuthliche Absicht des Testators hinaus zu gehen. Vergl. L. 14. §. 2. und L. 30. §. 6. D. de legat. III W.

(4) „Diese Regel geht nicht bloß auf das legatum rei alienae, sondern gilt bey jeder doppelten causa lucrativa, also auch bey zwey Schenkungen. Julian (L 17. D. de oblig. et act) sagt: Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset. Es ist also eine Lehre, die eigentlich unter die Arten, eine Forderung zu tilgen, gehört, unter welche sie auch z. B. Hofacker mit dem Namen concursus causarum lucrativarum gesetzt hat.“ Hugo. Man s. auch *Maiansii* disp. de prohibito concursu lucrativarum causarum. Tom. 1. disp. 7. pag. 118. sqq.

(5) Causae onerosae sind emtio, permutatio, transactio, dos, lucrativae donatio, legatum, fideicommissum. Bringt der Legatar die Sache zum Theil titulo oneroso, zum Theil aber titulo lucrativo an sich, z. B. er kauft die eine Hälfte, die andere wird ihm geschenkt: so kann er nur soviel fordern, als sie ihn gekostet hat, L. 82. de legat 1 Man s. auch §. 9. I. h t. ibique. *Vinn.* Wäre ein und dieselbe Sache nur in verschiedenen Testamenten vermacht, z B. der Testirer A. hätte seinem Erben befohlen, das Haus, worin ich zur Miethe wohne, zu kaufen, und mir zu geben; der Testator B. hätte ein gleiches verordnet: so kommt es darauf an, ob ich aus dem ersten Testament die Sache, oder ob ich nur den Werth erhalten habe. Wenn der Erbe des A. das Haus

kauft und mir übergiebt: so kann ich aus dem Testament des B. weiter nichts fordern. Gesetzt hingegen, als das Testament des A eröffnet wurde, war das Haus nicht feil, des A. Erbe bezahlt mir also den Werth. Nun wird das Testament des B. eröffnet, und jetzt ist das Haus zu verkaufen. In diesem Falle kann ich verlangen, daß es der Erbe des B. für mich kaufe. §. 6. I. h. t. Der Grund ist: qui rem habet, et aestimationem habere intelligitur, aber umgekehrt, qui habet aestimationem, non videtur rem ipsam habere, L. 88. de verb signif.

(6) §. 5. I. h. t. ibique *Vinnius*, wo die Ausnahmen dieser Regel gezeigt werden. Schwierigkeiten macht L. 57. de legat. I. Vinnius und Heineccius führen verschiedene Erklärungen davon an. — Man sehe auch Westphal von Vermächtnissen 1. B. §. 288. und das. angef. DD. vergl. jedoch *H. Donell.* comm. iur. civ. VIII. 19. W.

§. 563. Desgleichen unkörperliche. Vom legato nominis und liberationis.

Wir haben im §. 560. gehört, daß auch unkörperliche Sachen legirt werden können. Dergleichen Vermächtnisse sind: *legatum nominis*, *liberationis* und *debiti*. (S. die 38. Tabelle.) Wenn ich nemlich einem eine Schuldforderung vermache; so ists entweder a) eine Activ- oder b) eine Passivschuld: eine Activschuld, wenn ich das vermache, was ich zu fordern habe; Passivschuld, wenn ich legire, was ich zu bezahlen habe. Im ersten Falle legire ich entweder einem das, was ich (oder auch mein Erbe) an ihn selbst zu fordern habe (legatum *liberationis*), oder was mir ein Dritter schuldig ist (legatum *nominis*). Gesetzt also A. ist mir 1000 Rthlr. schuldig; ich sage in meinem Testament: die 1000 Rthlr., welche mir A. schuldig ist, sollen ihm hiermit vermacht, und er also von dieser Schuld frey seyn. Dieß ist ein legatum liberationis (*1). Hingegen, wenn ich sage: die 1000 Rthlr., welche ich in der Londner Bank stehen habe, vermache ich dem A.; so ist es legatum nominis.

Wenn ich Jemanden eine Passivschuld legire, so vermache ich ihm entweder das, was ich ihm selbst, oder das, was ich einem Dritten schuldig bin. Einem Dritten, z. E. ich sagte: die 100 Rthlr., welche ich dem Juden Levi schuldig bin, vermache ich dem A. Dieses Vermächtniß wäre ungereimt. Wenn ich einem hingegen das vermache, was ich ihm selbst schuldig bin: so heißt es *legatum debiti*.

Was sind die Wirkungen dieser Vermächtnisse, und zwar erstlich des legati nominis? Wenn ich einem das vermache, was mir ein Dritter, z. E. dem B. die 1000 Rthlr., die mir A. schuldig ist: so kann der legatarius von meinem Erben fordern, daß er ihm *actiones* cedire; das heißt, daß er ihm eine Vollmacht gebe, die 1000 Rthlr. von dem A. einzufordern (§. 991.). Ohne eine solche Cession kann nach dem alten Römischen Recht der legatarius gegen den Schuldner A. nicht klagen. Denn Personalklagen kann nur der anstellen, der

sie zuerst acquirirt hat, und sein Erbe, weil er mit dem Verstorbenen Eine Person ist. Nach den neuern Gesetzen aber ist die Cession nicht nöthig. Der Legatar kann auch ohne sie gegen den Schuldner klagen (§. 1091.) (*).

Das legatum liberationis hat die Wirkung, a) daß der Erbe schuldig ist, dem Legatar seinen Schuldschein zurückzugeben; b) daß, wenn der Erbe den Legatar auf die Schuld belangen wollte, dieser ihm exceptionem doli entgegen setzen könnte. Also nach dem subtilen und strengen Römischen Recht kann der Erbe den Legatar auf die Schuld belangen, ob der Testator sie gleich durch das Vermächtniß erlassen hat. Weil aber dieses strenge Recht gegen alle Vernunft und Billigkeit ist, so hat man dem Legatar die Einrede des Betrugs verstattet. Der Erbe nemlich handelt betrüglich, wenn er den Legatar auf die Zahlung einer Schuld belangt, welche der Verstorbene erlassen hat (*2).

Eine practische Frage ist: was ist Rechtens, wenn dem Testirer die legirte Activschuld abgetragen wird, geht dadurch das Vermächtniß zu Grund? Z. E. ich vermache dem A. die 1000 Rthlr., die er mir schuldig ist, vor meinem Absterben aber legt er das Capital ab. Oder ich vermache einem die 1000 Rthlr., die ich in der Londner Bank stehen habe, und ehe ich sterbe, nehme ich das Capital heraus. Kann der Legatar dem ungeachtet das Vermächtniß fordern? Man distinguire: entweder **kündige ich die Schuld auf**, oder der Schuldner legt **sie freywillig ab.** Im letzten Fall ist das Vermächtniß nicht aufgehoben. Im ersten aber habe ich entweder **aus Noth** die Schuld aufgekündigt, z. E. weil ich das Geld brauchte, weil der Schuldner in bedenkliche Vermögensumstände gerieth, rc. oder **ohne Noth.** Wenn ich aus Noth aufkündige, so bleibt das Vermächtniß gültig; habe ich es aber ohne Noth gethan, so ist das Legat stillschweigends revocirt. Man glaubt, daß ich die Schuld *animo adimendi legatum*, d. i. in der Absicht aufgekündigt habe, um das Vermächtniß ungültig zu machen (*3).

(1) Legatum liberationis besteht überhaupt darin, daß einem Schuldner die Befreyung von seiner Schuld vermacht wird, der Gläubiger sey der Testator selbst, der Erbe oder ein Dritter. Diesen muß alsdann der Erbe befriedigen. L. 8. D. de liberat. leg. Eine sehr schöne Abhandlung von dieser Art der Vermächtnisse s. in Geigers und Glücks Rechtsfällen. 1. B. 2. Fall.

(*) Vorzüglich empfehlenswerth ist hier *C. G. Haubold* (Resp. *Laurentius*) de legato nominis. Lips. 1793. Dieß Vermächtniß kann übrigens auch in der Form Statt finden: Was Titius mein Erbe, oder Legatar, von Mevius zu fordern hat, soll er an Cajus abtreten. W.

(2) Einige behaupten, daß vermöge der L. 21. pr. D. de lib. legat. das Vermächtniß für aufgehoben zu achten sey, der testator möge die Schuld aufkündigen, oder ohne Aufkündigung abgelegt bekommen. Allein in dem §. 21. I. h. t. und der gesunden Vernunft ist die im §. vorgetragene Distinction gegründet.

Weiter ist bemerkenswerth, daß wenn ich einem eine Summe von gewissen ausstehenden Geldern vermacht, diese Gelder nachher eingenommen und etwas dafür gekauft habe, der Legatar dem ungeachtet die Summe fordern kann. Papinian sagt in der L. 23. D. de adim. legat. pater inter filios facultatibus divisis, filiam ex ratione primipili commodorum trecentos aureos accipere voluit, ac postea de pecunia commodorum possessionem paravit, nihilominus fratres et coheredes sorori fideicommissum praestabunt. Non enim absumtum videtur, quod in corpus patrimonii versum est. Cum autem inter filios diviso patrimonio res indivisas ad omnes coheredes pertinere voluisset, ita possessionem ex commodis comparatam dividi placuit, ut in eam superflui pretii filia portionem hereditariam accipiat. Hoc enim eveniret, in bonis pecunia relicta. Papinians Fall ist: ein Vater, welcher primipilus, Kriegscassirer war, setzt seine Söhne und Töchter zu Erben ein, theilt einem jeden Sohn gewisse Vermögensstücke zu, und der Tochter vermacht er zum voraus 300 aureos von dem Gehalt, der ihm wegen seiner Kriegscasserechnung gebühret, und verordnet, daß das übrige Vermögen, was er nicht vertheilt hatte, unter die sämmtlichen Miterben ausgetheilt werden solle. Nachher kaufte er von dem inzwischen eingenommenen Kriegscassirersgehalt ein Gut für mehr als 300 aureos, etwa für 400. Nach seinem Absterben kann die Tochter ihre 300 aureos verlangen; der überschießende Werth des Gutes (superfluum pretium) die 100 aurei, fallen sämmtlichen Miterben zu, die Tochter bekommt also auch ihren Theil davon. — Man vergleiche überhaupt hiebey noch L. 11. §. 13. D. de legat. 3. *Haubold* l. c. §. 10. W.

(3) Eine bestrittene Frage ist, was das legatum liberationis ab indebito für Wirkung habe. Soviel ist gewiß, wenn ich sage: dem A. vermache ich, was er mir schuldig ist, und er ist mir nichts schuldig, so ist das Vermächtniß ohne Nutzen. Allein wie, wenn ich eine Summe ausdrucke, z. E. sage: dem A. vermache ich die 1000 Thlr., welche er mir schuldig ist. Hier behaupten Viele, der A. könne, wenn er nichts schuldig sey, verlangen, daß ihm der Erbe die 1000 Thlr. auszahle. *Haubold* ibid. §. 2. Mit besserm Grunde sagen aber Andere, der Legatar kann nichts fordern. Dieser Satz wird durch die L. 75. §. 1. et 2. D. de legat. I. bestärkt. Die Gründe der Gegner widerlegen *Pundsack* diss. de legato liberationis ab indebito, Goett. 1753. und *Otto* diss. de liberatione ab indebito legata, in *Oelrichs* thesaur. novo diss. Belgicar. Tom. III. Part. 2. num. 8. — — Besonders merkwürdig ist hiebey auch L. 25. D. de liberat. leg., worüber jedoch die Ausleger sehr streitig sind. *Averanius* interpr. iur. civ. V. 22. 3. Westphal v. d. einzeln. Vermächtnißart. §. 194. W.

§. 564. Vom legato debiti.

Wenn das legatum debiti von Wirkung seyn soll, so muß der Legatar Vortheil daraus ziehen können (plus sit in legato, quam in debito). Denn kann er dieß nicht, so ist das Vermächtniß unnütz. Der Vortheil kann von verschiedener Art seyn. 1) In Ansehung des Rechts und der Wirksamkeit der Schuldforderung überhaupt. Wenn der Erblasser etwas nur bedingt (sub conditione) oder nach einer Zeit (ex die) schuldig war, und er vermacht mir es ohne Bedingung (pure) und sogleich: so ist der Vortheil offenbar (*1).

Er kann aber auch 2) in Ansehung der Sicherheit darin liegen, daß ich durch das Legat eine Hypothek bekomme, da meine Forderung bloß personal war. Z. E. wenn die Schuld aus einem Darlehen, das der Erblasser von mir bekommen hat, herrührt, so giebt sie mir ihrer Natur nach blos eine Personalklage gegen den Erblasser und seine Erben, keine Realklage gegen jeden Besitzer. Vermacht mir aber der Erblasser die Schuld, so bekomme ich eine Hypothek, also ein dingliches Recht und eine dingliche Klage. Denn jeder Legatar hat eine Hypothek auf des Erblassers Vermögen (§. 719.). 3) In Ansehung des Beweises hat das legatum debiti den grossen Nutzen, daß ich nun als Legatar, statt aller weitern Ausführung meines Rechts, mich nur auf das Testament beziehen, und vermöge dessen die legirte Summe fordern kann. Gesetzt auch, ich hätte gar nichts zu fordern gehabt, so kann ich dennoch die legirte Summe verlangen. Denn genug, der Testator hat sie mir vermacht, und also gewollt, daß sie mir ausbezahlt werde. Dieß muß der Erbe gelten lassen. Nur muß, wenn das legatum debiti diesen dritten Nutzen haben soll, im Testament eine gewisse Summe ausgedruckt seyn. Z. E. die 1000 Rthlr., die ich dem A. schuldig bin, vermache ich ihm. Heißt es hingegen nur überhaupt: das, was A. von mir zu fordern hat, vermache ich ihm, so fällt dieser Vortheil weg (*2).

(1) Der Vortheil liegt in diesem Fall, wie Justinian §. 14. h. t. sagt, *in repraesentatione*. Repraesentare heißt etwas vor dem Tage, da man es schuldig ist, bezahlen. *Vinn.* ad h. t. — Es gehört auch zu dem Vortheile in dieser ersten Beziehung, wenn die Schuld an sich entweder gar nicht (§. 727.), oder nicht mehr (§. 1189.), oder besonders nicht gegen den Erben klagbar seyn sollte. (§. 1193. rc.). In allen diesen Fällen kann sie nun als Vermächtniß gefordert werden; in so fern nicht durchaus verbietende Gesetze entgegen stehen; z. B. wann Jemanden namentlich eine verbotene Spielschuld oder ein unerlaubter Wucher vermacht wäre. Argum. L. 3. §. 6. D. de ann. leg. L. 55. D. de legat. 1. W.

(2) Noch andere Vortheile dieses Legats zeigt *Vinn.* ad §. 14. h. t.

§. 565. Vom praelegato dotis.

Wenn ich eine Brautgabe vermache, so geht das Vermächtniß entweder auf meine Ehefrau, oder auf eine andere Person. Vermache ich meiner Ehefrau den von ihr mir zugebrachten Brautschatz: so heißt es *praelegatum dotis*. Setze ich hingegen einer andern Weibsperson eine Brautgabe aus, so heißt es *legatum dotis* (*1). Das praelegatum dotis scheint bey dem ersten Anblick ohne Nutzen zu seyn; denn die Ehefrau kann ihre Brautgabe zurück fordern, wenn sie ihr auch nicht vermacht ist. Indessen ist es doch zuweilen sehr vortheilhaft. Denn 1) dient es der Wittwe dazu, daß sie die Brautgabe sogleich nach des Mannes Tode zurück verlangen kann, da sie ausserdem, wenn die Braut-

gabe in Mobilien und baarem Gelde besteht, ein Jahr lang (§. 133.) warten müßte. 2) Daß die Erben des Mannes die Kosten, welche er auf die Dotalsachen verwendet hat, z. E. auf die Reparatur der Dotalgebäude, nicht anrechnen, und von der Wittwe vergütet fordern können. 3) Wenn der Testator eine gewisse Summe angegeben hat, z. E. ich vermache meiner Frau die 1000 Rthlr., die sie mir zugebracht hat, so ist die Wittwe nicht schuldig, zu beweisen, daß sie wirklich ihrem Manne so viel zugebracht habe; sondern die Erben des Mannes sind ihr die benannte Summe zu bezahlen schuldig, wenn sie auch nichts zugebracht hätte. Ich sage die Erben des Mannes; denn wenn über dessen Vermögen ein Concurs entsteht, und die Wittwe ihr Eingebrachtes aus der Masse fordert, so ist das im Testament enthaltene Geständniß des Mannes zum Beweis gegen die andern Gläubiger nicht hinreichend.

(1) Das praelegatum dotis, oder besser dos relegata ist eine Art vom legato debiti. Das legatum dotis findet auch als legatum liberationis und nominis nach den verschiedenen Verhältnissen Statt. Westphal von einzelnen Vermächtnißarten. § 273. ꝛc W. — — Streitig ist es, ob, wenn ich einer Weibsperson eine Brautgabe vermache, dies Legat purum oder conditionatum sey, ob sie das Vermächtniß fordern könne, wenn sie gleich nicht heyrathet, oder nicht? Die gemeine Meynung ist, das Vermächtniß sey bedingt. Sie gründet sich theils auf die Regel: dos non intelligitur sine nuptiis, theils auf L. 71. §. 3. D. de condit. et dem. Man sehe *Fachin.* controv. V. 48. *Stryk* caut. testam. cap. 20. §. 35. *Lauterb.* Coll. th. pr. tit. de dote praeleg §. 5. *Voet.* ibid. n. 5. Das Gegentheil behaupten *Nettelbladt* in diss. de legato dotis constituendae, §. 15. sqq. *Walch* controvers. p. 247. edit. III. Sie sagen, aus der angeführten L. 71. erhelle vielmehr, daß das legatum dotis purum sey, im Fall der Testator nicht ausdrücklich verordne, daß es wegfallen solle, wofern die legataria nicht heyrathe. Es kommt meines Erachtens hierbey alles auf die nach den Worten oder Umständen wahrscheinliche Absicht des Disponenten an. Im Zweifel aber ist das Vermächtniß für bedingt zu halten. — Vergl. jedoch Westphal l. c. eiusd. diss. an legatum dotis constituendae modo non impleto corruat? Hal. 1790.

§. 566. Vom legato speciei, partitionis, quantitatis und generis.

Die Vermächtnisse sind in Rücksicht auf ihren Gegenstand mancherley: entweder legata *speciei*, oder *partitionis*, oder *generis*, oder *quantitatis*. *Species* heißt bey den Juristen, was bey den Philosophen individuum ist, eine völlig bestimmte und existirende Sache. Z. E. dieses Haus, worin ich wohne, dieser Tisch, der vor mir steht, sind species. Genus hingegen heißt eine Aehnlichkeit der einzelnen Dinge (similitudo individuorum). Wenn man z. E. mehrere wirklich existirende Menschen mit einander vergleicht, so findet man, daß sie alle in gewissen Stücken übereinstimmen; das, worin sie übereinkommen, heißt ein genus, das genus: Mensch. Ist das genus durch Zahl, Maaß oder Gewicht bestimmt, so heißt es *quantitas*. Wenn ich einem also dieses

Haus, diesen Tisch vermache, so ist es legatum speciei. Vermache ich aber einem ein Reitpferd, eine goldne Taschenuhr, kein bestimmtes Pferd, keine bestimmte Taschenuhr, so ist es legatum generis. Ein legatum quantitatis ist es, wenn ich einem ein Stück Wein, ein Gespann Pferde, 1000 Rthlr. vermache (*1). Endlich legatum partitionis heißt das Vermächtniß einer partis quotae (§. 552. 568.).

(1) Zuweilen wird eine Quantität als eine *species* vermacht, z. E. die vier Ohm Wein, welche ich in meinem Keller habe, vermache ich dem A.; dieß sieht als ein legatum quantitatis aus, ist aber legatum speciei. Die Folgen dieses Satzes s. §. 567. 584. 585.

§. 567. Was ist bey einem legato speciei Rechtens?

1) Von dem legato speciei ist zu bemerken, daß, wenn die legirte species durch einen Zufall zu Grunde geht, z. E. das vermachte Haus abbrennt, das vermachte Pferd crepirt, der legatarius nichts verlangen kann. Ich sage, durch einen Zufall; denn wenn es durch die Schuld des Erben geschieht, und wenn er nur die mindeste Schuld hat (*1): so muß er dafür haften. Auch wenn er in mora ist, das heißt die legirte Sache nicht zu rechter Zeit dem legatario prästirt, und dieser Verzug zu dem Untergang der Sache beyträgt: so muß er den Schaden ersetzen.

2) Wie aber, wenn ich einem zwey bestimmte Sachen (species) vermache, und eine zu Grunde geht? Man distinguire: entweder sind sie beyde res principales, oder eine ist ein accessorium von der andern. Im ersten Falle kann der Legatar die noch übrige Sache fordern. Wenn ich einem z. E. zwey Pferde vermacht habe, und eins stirbt, so kann der Legatar doch das andere fordern. Im letzten Falle aber unterscheide man weiter: ist die Principalsache zu Grunde gegangen, so kann der Legatar die accessorische Sache nicht verlangen; ist hingegen die accessorische Sache verlohren gegangen, so kann der Legatar doch die Principalsache noch fordern. Wenn ich einem z. E. meine zwey Reitpferde vermache, und eins davon crepirt: so gebührt dem Legatar doch das andere. Vermache ich einem ein Reitpferd mit Sattel und Zeug, und das Pferd crepirt: so kann er auf Sattel und Zeug keinen Anspruch machen (*2). Wenn hingegen Sattel und Zeug durch Zufall, z. B. Diebstahl verlohren geht: so behält doch der Legatar sein Recht auf das Pferd.

Man kann einem eine universitatem, d. i. mehrere Sachen, die zusammen unter einem gemeinschaftlichen Namen begriffen werden (§. 218.) vermachen, z. B. eine Heerde Vieh, ein peculium. Diese universitates erhalten zuweilen Zuwachs, oder leiden Abgang. Wer zieht jenen Vortheil; wer trägt diesen Schaden? Wenn die universitas bey Lebzeiten des Erblassers vermehrt worden ist, so zieht ohne Zweifel der Legatar den Vortheil. Hat sie hingegen

gegen nach des Erblassers Tode vor Antretung der Erbschaft einen Zuwachs, so hat sie ihn entweder durch sich selbst bekommen, z. B. die Heerde ist durch Junge vermehrt worden, oder durch äusserliche Zuflüsse, z. B. die zum legirten peculio gehörigen Sklaven haben etwas erworben (*3). Jene Art von Zuwachs gehört dem Legatar, diese dem Erben. Wird die universitas bey Lebzeiten des Erblassers oder auch nach seinem Tode ohne Schuld des Erben vermindert, so ist der Schaden dem Legatar. Dieß versteht sich von selbst. Nur das scheint zweifelhaft, ob der Legatar in dem Falle, wenn ihm eine Heerde Vieh vermacht ist, und alle Stücke bis auf ein einziges sterben, er dieses verlangen kann. Man könnte denken, es gehöre ihm nicht, weil Ein Stück keine Heerde ist. Allein die Gesetze entscheiden für den Legatar, weil doch dem, welchem eine Heerde vermacht ist, auch alle einzelne Stücke vermacht sind (*4).

(1) Denn in der L. 47. §. 5. D. de legat. I. sagt Ulpian: culpa autem qualiter sit aestimanda, videamus. An non solum ea, quae dolo proxima, verum etiam ea, quae levis est. *An numquid et diligentia quoque exigenda est ab herede? Quod verius est.* Ein anderes ist zu behaupten, wenn ein legatarius oder fideicommissarius singularis mit einem Legat oder Fideicommiß beschwert ist. *Voet* ad Pand. tit. de legat. n. 50. *Coeceji* iur. controv. eod. tit. qu. 25. Uebrigens ist diese Materie controvers, und nicht alle Juristen nehmen die hier vorgetragenen Sätze an. S: *Müller* ad *Struv.* Ex. 35. th. 21. lit. a. — *C. W. Wehrn* doctrina damni etc. §. 27.

(2) Wenn dieß nemlich geschieht, ehe der Legatar sein Legat erworben hat. Man nehme also an, daß nach dem Tode des Erblassers, nachdem der Legatar schon Eigenthümer geworden ist, die Principalsache zu Grunde geht, so kann der Legatar doch die accessorische noch verlangen.

(3) Doch Eine Ausnahme hat diese Regel, wenn ich einen Sklaven im Testament freylasse, und ihm zugleich sein peculium vermache, denn dieser bekommt auch den Zuwachs, den das peculium von aussen erhält. §. 20. I. h. t.

(4) §. 18. 19 20. I. h. t. L. 22. D. de legat. I. Sonderbar ist, daß in dem Fall, wenn einem der bloße Nießbrauch einer Heerde vermacht ist, und alle Stücke bis auf Eins sterben, er von diesem Einen den Nießbrauch nicht verlangen kann. L. ult. D. quib. mod. ususfr. amitt. Eine befriedigende Ursache dieser Verschiedenheit weiß ich nicht. Man s. davon *Vinn.* ad §. 3. I. de usufr. *Maians.* ad XXX. fragmenta ICtor. tom. I. p. 254. sqq. Vinnius sagt, der Testator hat bey einem vermachten Nießbrauch einer Heerde auf den Nutzen Rücksicht genommen, den sie als Heerde hat. Ein einzelnes Schaf hat aber diesen Nutzen nicht. Wenn hingegen einem das Eigenthum einer Heerde vermacht ist, so ist ihm jedes einzelne Stück vermacht. So schwach dieses ist, so ist es doch noch besser, als das, was Majansius anführt.

§. 568. Vom legato partitionis.

Eine besondere Art von Vermächtnissen ist das *legatum partitionis*, wenn ich einem partem quotam der Erbschaft oder meines Vermögens (*partem hereditatis sive bonorum*) (*1), z. E. die Hälfte, ein Drittel, ein Viertel

vermache. Man nennt einen solchen Legatar partiarium. Dieser Legatar steht einem Erben sehr ähnlich, weil er einen Theil der Erbschaft, wie ein Miterbe bekommt. Aber er ist doch kein Erbe. Denn a) er hat kein ius accrescendi; wenn ein Miterbe wegfällt, nicht erben mag, oder nicht kann, so bekommt der Legatar darum nicht mehr. Wenn nur Ein Erbe eingesetzt ist, und dieser wegfällt, oder wenn alle eingesetzte Miterben wegfallen, und das Testament destituirt wird; so bekommt der legatarius partiarius gar nichts. b) Er ist kein successor iuris, er tritt nicht in die Rechte des Verstorbenen ein, er kann die actiones hereditarias nicht anstellen, die Schuldner des Erblassers nicht belangen. Dieß thut allein der Erbe. Auch die Gläubiger des Verstorbenen können gegen ihn nicht klagen; sie müssen sich allein an den Erben halten. Weil indessen die Erbschaft, und folglich auch die legirte pars quota durch die eingehenden Activschulden vermehrt, durch die Zahlung der Passivschulden hingegen vermindert wird: so ist jener Zuwachs ein Vortheil für den Legatar, und dieser Abgang ein Schade für ihn. Daher leisteten der Erbe und ein legatarius partiarius einander wechselsweise Caution. Der Erbe cavirte, daß, wenn noch Activschulden eingehen würden, der Legatar seinen Antheil daran haben sollte; und der Legatar cavirte, daß, wenn sich noch Passivschulden entdecken würden, er seinen Antheil daran bezahlen wolle. Diese Cautionen hießen stipulationes partis et pro parte.

Schon zu Justinians Zeiten war das legatum partitionis nicht mehr gewöhnlich. Die Ursache nemlich, warum dieses legatum aufkam, waren die sacra privata. Ein jeder Römer hatte seinen besondern Haus- und Privatgottesdienst. Wer der Erbe meines Vermögens wurde, mußte auch meine sacra privata fortsetzen (*2). Dieß war aber dem Erben, weil es Kosten machte, lästig. Wenn also ein Erblasser jemand einen Theil der Erbschaft hinterlassen, und ihn von jener Last befreyen wollte: so setzte er ihn nicht zum Erben ein, sondern hinterließ ihm ein legatum partitionis, *ne sacris alligaretur*, wie Cicero sagt (*3). Mit Einführung der christlichen Religion fielen die sacra privata, folglich auch die Veranlassung zum legato partitionis weg (*4). Uebrigens war es wohl Niemanden verwehrt, noch immer ein legatum partitionis zu verlassen (*5). Was ist aber bey uns Rechtens, wenn Jemand sagt: Ich vermache dem A. ⅓, ¼. rc. meines Vermögens; ist A. als Erbe oder als Legatar anzusehen? Stryk (*6) sagt, er ist Legatar, und nicht Erbe. Ich halte aber dafür, daß man doch dabey auf den ganzen Zusammenhang, in welchem die Worte stehen, Rücksicht nehmen und daraus beurtheilen muß, was der Sinn des Disponenten gewesen sey. Freylich wenn es hieße: ich setze den X. zu meinem Erben ein, und verordne dabey folgende Vermächtnisse: dem A. vermache ich ⅓ meines Vermögens rc. so wäre A. ein legatarius

partiarius. Gesetzt aber es hieße: A. und B. sollen meine Verlassenschaft haben, dem A. vermache ich ½, das übrige soll B. erben; so würde A. als Erbe anzusehen seyn (*).

(1) Der Unterschied also, den einige zwischen einem legato partis bonorum und hereditatis machen, ist ohne Grund, wie Voorda und Westphal in den unten angeführten Schriften zeigen.

(2) *Schwarz* diss. de sacrorum detestatione (in dissert. select. num. 11.) §. 6. seqq.

(3) *Cicero* de leg. lib. 2. cap. 20.

(4) *d'Arnaud* var. coniectur. lib. 2. cap. 1. et 2. vielleicht war auch lex Voconia eine Veranlassung zu dieser Art von Vermächtnissen. Man durfte keine Weibspersonen zu Erben einsetzen, hinterließ ihnen daher solche legata. *Contius* lect. subsec. lib. 2. cap. 12. Opp. p. 92.

(5) Man sehe von diesen Vermächtnissen auch *Chiflet*. tr. de fideicommiss. lib. 2. cap. 4. in thesaur. Otton. tom. V. pag. 789. *Iac. Voorda* diss. de legato partit. bey s. Tractat ad L. Falcid. *Io. Lud. Conradi* diss. super legato partit. Lips. 1756. und Ernst Christ. Westphal Abh. von den Vermächtnissen, welche nicht auf gewisse Sachen oder Summen, sondern auf einen Theil des Nachlasses überhaupt gerichtet sind. Halle 1780. 4., der übrigens läugnet, daß die sacra privata Veranlassung zu diesen Vermächtnissen gegeben hätten, und daß sie zu Cicero's Zeiten üblich gewesen wären.

(6) *Stryk* caut. testam. cap. 16. §. 16.

(*) Struben rechtl. Bed. III. 15.

§. 569. Vom legato generis.

Vom legato generis ist zu bemerken: 1) es ist zuweilen nützlich, zuweilen unnütz. Unnütz ist es, wenn das Genus so allgemein ist, daß es Dinge unter sich begreift, die dem Legatar nicht dienen (genus summum nennen es unsere Juristen); so weitläuftig, daß der Erbe dem Legatar etwas geben könnte, was gar keinen Werth hat. So würde es z. E. ein unnützes legatum generis seyn, wenn ich einem ein Thier, einen Körper, ein Ding vermachen wollte. Nützlich hingegen ist dieses Vermächtniß, wenn das genus nicht so allgemein ist (genus infimum); z. E. wenn ich einem ein Reitpferd, eine Kuh, einen Ochsen vermache (*¹). Denn auch ein schlechtes Reitpferd ꝛc. hat doch einigen Werth. 2) Wenn ich einem ein genus, z. E. ein Pferd, vermache, und Dinge dieser Art in der Erbschaft sind, so kann der Legatar eins davon, also z. B. eins von meinen Pferden, verlangen, und der Erbe ist nicht befugt, ihm ein anderes aufzubringen. 3) Wer hat aber die Wahl bey diesem Vermächtniß, der Erbe oder Legatar? Hat der Disponent sich hierüber erklärt, so ist die Sache für sich klar. Wenn es nemlich heißt: ich vermache dem A. eine Taschenuhr, und es soll von meinem Erben abhangen, was für eine er geben will; so kann er eine von der schlechtesten Art geben (*). Ist dem Legatar die Wahl ausdrücklich gegeben, so kann er die beste wählen. (S. den folg. §.) Hat der Erblas-

ser aber nicht ausdrücklich gesagt, wer wählen solle, so vermacht er einem entweder ein genus von Dingen, dergleichen in der Erbschaft sind, z. E. eins von seinen Reitpferden, oder von solchen Dingen, die sich nicht darin befinden; z. E. er vermacht einem ein Reitpferd, hinterläßt aber dergleichen nicht. Im letzten Falle wählt der Erbe, doch muß er kein Individuum von der schlechtesten Gattung geben (*2). Im ersten aber kommt es darauf an, an wen der Testatar die Worte gerichtet hat. Hat er a) gesagt: **mein Erbe soll dem A. eins von meinen Büchern geben**: so wählt der Erbe; er darf aber, wenn mehr als zwey Sachen dieser Art in der Erbschaft sind, nicht das schlechteste geben. Heißt es hingegen b) **A soll eins aus meinen Büchern haben**, oder **sich eins nehmen**: so wählt der Legatar, nur darf er nicht das beste nehmen; es wäre denn, daß sich nur zwey Dinge dieser Art in der Verlassenschaft befänden. Sind endlich c) die Worte an keinen von beyden gerichtet, z. E. **ich vermache dem A. eins von meinen Büchern**: so wählt ebenfalls der Legatar (*3), allein das beste Buch darf er auch jetzt nicht aussuchen (*4).

(1) Insgemein machen die Juristen hier noch eine Distinction zwischen einem genus, das von der Natur seine bestimmten Grenzen habe, z. E. das genus **Sklave**, **Pferd**, **Ochs**, und einem solchen, dessen Grenzen von der Willkühr der Menschen abhangen, z. B. das genus **Haus**, **Degen**, **Ring** ꝛc. ꝛc. Das Vermächtniß eines generis von der ersten Art, sagen sie, sey immer nützlich, das von einem genere der letzten Art hingegen nur in dem Fall, wenn der Erblasser Dinge dieses generis hinterlasse. Allein diese Distinction ist in den Gesetzen nicht gegründet. Das genus **Hund** z. E. ist von der Natur begrenzet, und doch wäre das Vermächtniß eines Hundes ohne Nutzen, weil der Erbe einen ganz unbrauchbaren geben könnte. Eine Repetiruhr hingegen hat keine von der Natur bestimmte Grenzen, und gleichwohl würde das Vermächtniß einer solchen Uhr (in genere) nützlich seyn, wenn auch in der Erbschaft keine befindlich wäre. Nach der L. 71. pr. de legat. I. soll das Vermächtniß eines Hauses in genere unnütz seyn, wofern der Erblasser keins hinterläßt. Ich weiß nicht warum, da doch auch das schlechteste Haus nicht ganz ohne Werth ist. Bestritten ist, ob das Vermächtniß eines Grundstückes (fundi) nützlich sey, im Fall sich Grundstücke in der Verlassenschaft befinden. *Vinn.* ad §. 22. h. t. führt die Gründe der verschiedenen Meynungen an, und nimmt die bejahende (mit Recht, wie ich dafür halte) an. Vergl. L. 110. D. de legat. I.

(2) L. 3. de trit. vin. ol. *Gebauer* diss. de opt. legat. §. 3. in opusc. tom. 1. p. 424.

(3) L. 11. pr. D. de leg. I. §. 22. I. h. t. wo es heißt: si generaliter servus vel res alia legatur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit. *Lauterb.* Coll. th. pr. tit. de optione legat. §. 35. *Hert.* diss. de electione ex obligatione alternativa, sect. 5. §. 2. Gmelin und Elsässers gemeinnützige juristische Beobachtungen 1. Band 167. u. f. f. Seite. *Glück* Opusc. fascic. 1. p. 233. *Walch* controv. pag. 240. Ed. III.

(4) Anderer Meynung ist *Gebauer* l. c. §. 2. Er glaubt, daß in den Fällen b) und c) der Legatar das beste nehmen, und im Fall a) der Erbe das schlechteste

geben dürfe. L. 37. pr. de legat. I. aber ist für uns. Uebrigens ist in dieser Materie noch vieles dunkel und streitig. S. *Vinn.* ad §. 22. h. t. n. 1. 2. 3.

§. 570. Vom legato optionis.

Wenn dem Legatar die Wahl vom Testator ausdrücklich verstattet ist; z. E. A. soll eins von meinen Büchern haben, und zwar das, welches er sich aussuchen wird: so heißt es legatum optionis oder electionis, und nun kann sich, wie gesagt, der Legatar auch das beste wählen. Nach dem alten Römischen Recht mußte er aber in eigner Person wählen; starb er vor der geschehenen Wahl, so war das Legat extinguirt. Nach einer Verordnung K. Justinians hingegen kann auch der Erbe des Legatars wählen. Hat übrigens der Legatar einmal gewählt, so kann er das gewählte Individuum nicht wieder zurückgeben, und nicht verlangen, daß man ihm eine neue Wahl verstattet (*1).

(1) §. 23. h. t. ibiq. *Vinn.* — *P. C. G. Andreae* de legato optionis. Lips. 1798.

§. 571. Lehrsatz vom legato generis und quantitatis.

Genus und quantitas sind abstracte Begriffe, bloße Gedankendinge, existiren nicht, können daher auch nicht aufhören zu existiren (genus et quantitas non pereunt). Wenn ich einem dieses Pferd, diese Taschenuhr vermache, und das Pferd crepirt, die Uhr wird gestohlen: so ist das Vermächtniß erloschen. Wenn ich einem hingegen a) ein Pferd, eine Taschenuhr überhaupt (in genere) vermache; so kann das Vermächtniß auf diese Art nicht erlöschen, so lange nicht alle Pferde, alle Taschenuhren auf dem Erdboden zu Grunde gehen. Gesetzt auch, daß das Pferd, die Uhr, die der Erbe in der Absicht gekauft hat, um sie dem Legatar zu übergeben, zu Grunde gehen, so kann dieser doch sein Vermächtniß fordern. Habe ich b) einem eins von meinen Pferden, eine von meinen Taschenuhren vermacht, so kann er das Legat verlangen, wenn gleich eins oder einige dieser Stücke zu Grunde gehen. Erst alsdann, wenn sie alle durch Zufall um- oder wegkommen, wird das Legat extinguirt.

§. 572. Vom legato facti.

Der Gegenstand eines Vermächtnisses können nicht nur Sachen, sondern auch *facta* seyn. Wenn nemlich der Testator seinem Erben befiehlt, mir zum Vortheil ein Factum zu thun: so hat er mir dieses Factum vermacht. So kann z. E. der Testator seinem Erben, der ein Gelehrter ist, befehlen, mir Unterricht in einer Wissenschaft zu ertheilen. Nur muß das Factum nicht physisch oder moralisch unmöglich, und dem Legatar nicht durchaus unnütz seyn; sonst ist der Erbe nicht verbunden es zu thun (*).

(*) L. 112. §. 3. L. 113. §. 5. L. 114. §. 14. D. de Legat. 1.

§. 573. Die legata sind entweder pura, oder conditionata, oder in diem, oder ex die, oder sub demonstratione, oder sub causa, oder sub modo.

Ein Vermächtniß kann 1) unbedingt; 2) mit Beyfügung einer Zeit, 3) unter einer Bedingung, 4) mit einer Beschreibung, 5) mit Anführung der

Ursache, und 6) mit Bestimmung des Endzwecks hinterlassen werden. Im ersten Fall heißt es *legatum purum*, im zweyten *sub die*, im dritten *conditionatum*, im vierten *sub demonstratione*, im fünften *sub causa*, im sechsten *sub modo* oder *modale*. Das durch eine Zeit bestimmte kann *ex die* und *in diem* hinterlassen werden. Ex die habe ich etwas vermacht, wenn es der Legatar erst nach Verlauf einer bestimmten Zeit haben soll; *in diem*, wenn er jährlich, monatlich, wöchentlich etwas bekommen soll, aber nur eine bestimmte Zeit lang (*1). Daß ein Vermächtniß, dem ein ungewisser Tag beygefügt ist, zuweilen als ein unbedingtes anzusehen ist, wird unten (§. 584.) bemerkt werden.

(1) Wie aber, wenn ich gesagt hätte, ich vermache dem A. mein Haus zehen Jahre lang, ohne zu bestimmen, wer es nachher haben solle? Ich glaube mit *Bachov* ad *Treutler*. Vol. 2. Disp. 13. th. 6. lit. E. daß der Erbe nach Ablauf der zehen Jahre das Haus condictione sine causa zurückfordern könne.

§. 574. Lehrsätze vom legato conditionali.

Bey dem bedingten Vermächtniß ist eben das Rechtens, was bey der bedingten Erbeseinsetzung gilt. Die bedingte Erbeseinsetzung unterscheidet sich aber doch darin von dem bedingten Vermächtniß: wer unter einer Bedingung eingesetzt ist, kann zuweilen die Erbschaft nach dem Prätorischen Recht erlangen, so lang die Bedingung noch schwebt (§. 493.); der Legatar hingegen kann das Vermächtniß in diesem Falle nicht fordern. Nur wenn ich einem etwas unter einer potestativen negativen Bedingung vermache, von deren Erfüllung man, so lang er lebt, nicht versichert werden kann, so kann er die Aushändigung des Legats sogleich verlangen, wofern er die Mucianische Caution leistet. Z. E. wenn ich einem 10000 Rthlr. mit dem Beding hinterlasse, daß er seinen bisherigen Wohnort nicht verlassen soll: so muß ihm diese Summe sogleich ausgezahlt werden, im Fall er Caution stellt, daß er die vorgeschriebene Bedingung nicht übertreten werde.

§. 575. Vom legato sub demonstratione.

Ein Legat sub demonstratione ist, wenn der Testator der Person des Legatars, oder der legirten Sache eine Beschreibung beyfügt, um sie desto kenntlicher und gewisser zu machen; z. E. ich vermache meinem Vetter A, der die Handlung in Frankfurt gelernt hat, und sich jetzt in Paris aufhält, 1000 Rthlr. Ich vermache dem A. mein achromatisches Fernrohr, von Dollond in London verfertigt. Demonstration und Condition sind also bey den Vermächtnissen unterschieden. Denn die Demonstration enthält Eigenschaften oder Verhältnisse der Person, oder Sache; die Condition hingegen kann auch einen fremden äußerlichen Umstand betreffen. — Die Demonstration macht das Vermächtniß selbst, und den Bestand desselben, von den angegebenen Merkmalen oder Verhältnissen nicht abhängig, sondern druckt diese nur aus, um desto bestimm-

ter zu reden. Bey der Bedingung findet das Gegentheil Statt. — Wenn daher die Demonstration unrichtig ist, man indessen doch gewiß weiß, welche Person, oder welche Sache der Testator gemeynt hat: so schadet diese Unrichtigkeit der Gültigkeit des Vermächtnisses nicht. Z. E. wenn der Vetter A., dem die 1000 Reichsthaler vermacht sind, die Handlung nicht in Frankfurt, sondern in Hamburg gelernt hätte, der übrige Theil der Beschreibung aber doch zuträfe; oder wenn das Fernglas nicht von Dollond wäre, gleichwohl sich ein achromatisches von Tiedemann nach Dollondischer Art verfertigtes in der Erbschaft fände: so würde das Vermächtniß bestehen. Eben so wenig schadet ein Irrthum, den der Testator im Namen des Legatars begeht; wenn es nur gewiß ist, wen er gemeynt habe. Wenn aber die Unrichtigkeit in der Beschreibung, oder der Irrthum im Namen eine inextricable Ungewißheit verursacht, — oder ein Umstand, den der Testator unstreitig gleich einer Bedingung vorausgesetzt hat, und ohne welchen er das Vermächtniß nicht geordnet haben würde, unrichtig befunden wird, z. B. wann der A. gar nicht sein Verwandter wäre, — so ist das Legat ungültig (*[1]).

(1) *Vinn.* quaest. sel. lib. 2. cap. 27. *Averan.* lib. 5. interpret. cap. 14. sqq. *Franc. Car. Conradi* diss. de voluntate testatoris dubia ob errorem in nomine vel demonstratione heredis aut legatarii commissum. Helmst. 1736.

§. 576. Vom legato sub causa.

Legatum sub causa heißt, wenn der Testator die Bewegursache anführt, die ihn zu dem Vermächtniß angetrieben hat. Z. E. weil mir A. so viele Freundschaft erzeigt, und mir in meiner langwierigen Krankheit Beystand und Pflege geleistet hat: so vermache ich ihm 1000 Rthlr. Dieses Legat ist gültig, wenn gleich die angeführte Ursache des Vermächtnisses falsch wäre. Denn die Testamente gelten als Gesetze, deren Vorschriften darum nicht weniger gelten, weil sie von unrichtigen Gründen ausgehen, und man weiß auch, daß die Testatoren zuweilen mit Vorbedacht eine falsche Ursache angeben, damit der Erbe über das Vermächtniß nicht scheel sehen möge; oder weil sie sich der wahren Ursache schämen u. dgl. Eine Ausnahme aber leidet dieser Satz, wenn der Erbe beweisen kann, a) daß der Testator die angeführte Ursache für wahr gehalten hat, und b) daß er ohne diesen Irrthum das Legat nicht würde hinterlassen haben (*[1]). Will er diesen Beweis führen, so kann er den Legatar, welcher das Legat verlangt, mit der exceptione doli abweisen.

(1) L. 72. §. 6. D. de condit. et demonstr. Falsam causam legato non obesse, verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret. Sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse. Man s. auch L. 4. C. de hered. instit. (VI. 24.) Struben rechtl. Bed. 2. B. 105. Bed. 5. B. 37. Bed.

§. 577. Legatum sub modo.

Wenn der Testator bestimmt, wozu der Legatar das Vermächtniß anwenden und gebrauchen soll: so heißt es *legatum sub modo*. Z. E. ich vermache dem A. 10000 Rthlr., um sich dafür ein Haus zu kaufen; 300 Rthlr., um die Doctorwürde annehmen zu können u. dgl. Dieses Legat hat mit dem bedingten Vermächtniß einige Aehnlichkeit, und es ist zuweilen schwer zu sagen, ob ein gewisses Vermächtniß ein bedingtes, oder ein modale sey. Man hat bey zweifelhaften Fällen darauf zu sehen, ob der Erblasser gewollt hat, daß zuerst etwas geschehen soll, ehe der Legatar das Vermächtniß erhalte, oder umgekehrt, ob er das Vermächtniß bekommen, und alsdann erst etwas thun soll. Die Rechte beyder Arten von Vermächtnissen sind übrigens sehr verschieden. Denn wem etwas unter einer Bedingung vermacht ist, der erwirbt nicht eher das Legat, als bis die Bedingung erfüllt ist. Er kann es daher auch nicht eher fordern, und nicht auf seine Erben transferiren. Wem hingegen etwas sub modo vermacht wird, der erhält sogleich ein Recht auf die legirte Sache, welches er auf seine Erben transferirt; er verliert es aber wieder, wenn er den modum nicht erfüllen will (* 1).

(1) *Gregor Maiansius* in diss. de his, quae sub modo relinquuntur, §. 9. in collect. diss. tom. 2. n. 41. *Boeckelmann* diss. de modo ultimis voluntatibus adscripto, §. 9. *Leyser* sp. 399. med. 1. *Korthold* diss. de eo quod iustum est circa conditionem, quam testator inserere destinavit, neque tamen inseruit, §. 19. *C. F. G. Meister* de eo, quod inter condit. resolut. et modum interest; in eiusd. opusc. Tom. 2. Wird der Legatar durch einen Zufall verhindert den modum zu erfüllen, so schadet ihm dieß nichts, *Boeckelmann* diss. cit. §. 16. Können die Erben den modum erfüllen, so müssen sie es thun.

578. Fortsetzung.

Wem daher ein solches legatum hinterlassen wird, der kann entweder den modum sogleich erfüllen, oder nicht. Im ersten Fall ist er verbunden, es zu thun; im letzten aber kann er gegen Caution die Aushändigung des Legats verlangen. Nur wird vorausgesetzt, daß dem Testator, oder dem Erben, oder einem Dritten daran gelegen ist, daß der modus erfüllt werde (* 1). Z. E. wenn dem Testator daran gelegen ist, daß einer seiner Verwandten die Doctorwürde annehme, und er ihm zu diesem Behuf eine Summe Geldes vermache: so ist der Legatar schuldig, es dazu zu verwenden. Wenn der Testator sagt: dem A. vermache ich 4000 Rthlr. zu Ankauf eines eignen Hauses, und in diesem Hause soll B. eine Stube und Kammer lebenslang zur freyen Wohnung haben, so muß A. das Legat zu dem bestimmten Behuf anwenden, weil dem B. daran gelegen ist. Hat aber niemand ein gegründetes Interesse dabey, daß der modus erfüllt werde: so kann auch niemand den Legatar zu der Erfüllung zwingen. Z. E. der Testator sagte: A. soll 100 Rthlr. haben, um sich ein

Reit-

Reitpferd anzuschaffen. Hier hängt es lediglich von dem Legatar ab, ob er das Geld zu diesem Behuf anwenden will, oder nicht. — Dieß unterscheidet besonders auch das legatum sub modo von bedingten Vermächtnissen. Z. B. A. soll 100. Rthlr. haben, wenn er sich ein Reitpferd anschaffen wird. Hier muß die Bedingung erfüllt und nur erst, nach dem dieß geschehen ist, das Vermächtniß ausgezahlt werden. — W.

(1) Also, wenn auch nur dem Erblasser, und sonst keinem Menschen etwas an der Erfüllung des modi gelegen ist: so muß er dennoch erfüllt werden. L. 19. de legat. III. L. 71. pr. de condit. et dem. L. 44. de manumiss. testam.

§. 579. Legata captatoria und poenae nomine relicta.

Wenn ich einen zum Erben ernenne, oder ihm etwas vermache, weil er eben dasselbe gethan hat: so ist meine Disposition ohne Zweifel gültig. Setze ich hingegen einen ein, oder vermache ihm etwas auf den Fall, wenn er mich einsetzen, oder mir etwas vermachen wird: so heißt es eine captatorische Disposition, und ist ungültig. Bey den Römern gab es eine Menge Menschen, die nach Erbschaften schnappten (heredipetas). Diese Leute bedienten sich unter andern Kunstgriffen auch dieses, daß sie einen unter der Bedingung zum Erben ernannten, oder ihm ein Vermächtniß hinterließen, wenn er sie auch einsetzen, oder ihnen auch etwas vermachen würde. Ließ sich der Andere dadurch zu einer Erbeseinsetzung, oder einem Vermächtniß bereden: so änderte der Erbschleicher sein Testament, oder stand dem Andern nach dem Leben. Deswegen wurden die captatoriae dispositiones, sowohl Erbeseinsetzungen, als Vermächtnisse, für nichtig erklärt, das heißt, weder die Disposition des Erbschleichers, noch die von ihm erschlichene Disposition war gültig (*1). Uebrigens ist in der Lehre von den captatorischen Dispositionen noch manches dunkel und streitig (*2).

Eben so wenig ist der Begriff eines legati poenae nomine relicti ausgemacht. Die Meisten sagen: legatum poenae nomine relictum ist ein Vermächtniß, das in der Absicht, den Erben zu zwingen, hinterlassen wird. Wenn ich nemlich dem Erben etwas zu thun befehle, das er ungern thut, und ihm daher auf den Fall, daß er es nicht thun würde, ein Vermächtniß zu geben auflege; oder wenn ich ihm etwas verbiete, was er gern thäte, und auf den Fall, daß er gegen mein Verbot handeln wird, mit einem Legat beschwere: so habe ich in beyden Fällen ein legatum poenae nomine hinterlassen. Ich weiß z. E. daß mein Erbe eine Abneigung gegen den ordentlichen Ehestand hat, befehle ihm daher, daß er heyrathen, und im Fall er es unterlassen wird, 1000 Rthlr. in das Spinnhaus, und eben so viel an das Findelhaus zahlen solle. Nach den alten Römischen Gesetzen waren diese Vermächtnisse sehr verhaßt, und ungültig. Nicht einmal bey Soldaten galten sie, und selbst der Kayser nahm ein legatum poenae nomine relictum nicht an. Die Ursache lag, wie

Theophilus in seiner Paraphrase sagt, darin, weil es widersinnig schien, ein Vermächtniß, dessen Quelle Achtung und Liebe gegen den Legatar seyn sollte, bloß zur Strafe für den Erben zu hinterlassen. Daß dieser Grund äußerst lahm ist, fällt in die Augen. Etwas befriedigender ist folgender: das legatum poenae nomine werde der Willkühr des Erben überlassen (conferri in arbitrium heredis); dieß durfte aber bey letzten Willenserklärungen nicht geschehen (*3). Justinian änderte das alte Recht, und verordnete, daß man distinguiren sollte: entweder ist dem Erben etwas unmögliches (physisch oder moralisches) befohlen, und im Unterlassungsfalle das Legat auferlegt, oder nicht. Im ersten Fall ist es ungültig, im letzten aber gilt es. Wenn es also im Testament hieße: mein Erbe soll den A. gelegenheitlich ausprügeln, oder zur Strafe 100 Rthlr. an das Waysenhaus erlegen: so ist der Erbe weder zu der Ausprügelung, noch zu der Bezahlung des Vermächtnisses verbunden. Denn es wäre unrecht, wenn jemand dafür Strafe leiden sollte, daß er etwas Verbotenes unterlassen hat. Hingegen in dem vorhin gegebenen Exempel muß der Erbe entweder heyrathen, oder die auferlegten Vermächtnisse bezahlen (*4).

(2) *Thomasii* diss. de captator. institutionibus, collect. diss. Tom. 2. diss. 32. *Bynkershoek* de captatoriis institutionibus, cap. 10. in opusc. Halens vol. 2. p. 254. sqq. — vergl. jedoch Thibaut Versuche rc. I. 4. W.

(2) Insonderheit ist bestritten, ob die captatorischen Dispositionen überhaupt, oder nur in dem Falle ungültig sind, wenn ich verlange, der Andere solle seine mir günstige Disposition auch öffentlich bekannt machen. Jenes behauptet Bynkershök, dieses Thomasius. Ferner ist nicht ausser Zweifel, was heutigestages bey den captatorischen Dispositionen Rechtens sey. Daß sie gültig seyen, behaupten *Thomasius* diss. cit. §. 41. *Leyser* spec. 376. med. 10. *Reinharth* ad *Christin.* vol. 4. obs. 22. Hingegen streitet für den Gebrauch des Römischen Rechts von Cramer in Wezl. Nebenst. 12. Theil. 60. u. f. S. *Müller* ad *Leyser* Tom. IV. Fascic. 1. obs. 582. — Mit den captatorischen Dispositionen sind aber die testamenta reciproca, welche auf gegenseitige Zuneigung sich gründen, nicht zu vermischen. Argum. L. 70. 71. D. de hered. instit. L. 3. D. si quis aliqu. test. prohib. *Hofacker* princ. iur. civ. §. 1360. rc. W.

(3) L. 43. §. pen. D. de legat. I. *Theoph.* et *Vinn.* ad §. 36. I. h. t.

(4) Bynkershök in der angeführten Abhandlung behauptet zwar, Justinian habe nichts Neues in diesem Artikel verordnet; den Namen legatum poenae nomine relictum habe man zur Zeit des alten Rechtes nur alsdann gebraucht, wenn der Testator dem Erben etwas strafbares befohlen, und im Unterlassungsfall ein Legat aufgegeben habe. Tribonian habe das alte Recht nicht verstanden. Allein seine Gründe sind seicht. Man s. *Gundling* diss. de principe herede ex testamento civium cap. 6. §. 32. in exercitat. academ. pag. 476. *Otto* ad §. ult. I. h. t. *Beemann* diss. de legat. poenae nom. §. 26. S. auch *Sammet* diss. de legato poen. nom. in opusc. p. 41. sqq. und *Car. Frid. Walch* de legato heredis in arbitrium collato, §. 5. in opusc. Tom. I. p. 217. sqq. und in controv. p. 248. Edit. III.

§. 580. Vom iure accrescendi.

Was das ius accrescendi bey Erbschaften sey, haben wir oben (§. 492.) gehört. Dieses Recht hat aber auch bey Vermächtnissen Statt. Hier ist es das Recht, die Portion eines wegfallenden collegatarii coniuncti, die er noch nicht erworben hatte, zu erwerben. Wenn es z. E. im Testament heißt: meine **beyden Vettern A. und B. sollen mein Landgut als ein Vermächtniß haben**, und A. geht vor dem Erblasser mit Tode ab: so bekommt B. vermöge des iuris accrescendi das ganze Landgut. Der Grund dieses Rechtes ist der **vermuthete Wille** des Testators. Man glaubt nemlich, dieser wolle lieber, daß die Portion des collegatarii A. dem Collegatar B. zuwachse, als daß sie dem Erben verbleibe. Weil aber eine **Vermuthung der Gewißheit** weichen muß, so kann der Testator das ius accrescendi bey Vermächtnissen verbieten und ganz aufheben, welches bey Erbschaften nicht geschehen kann (§. 492.).

581. Erfordernisse desselben.

Wo das ius accrescendi Statt finden soll, da wird 1) erfordert, daß legatarii coniuncti da sind; das heißt, daß mehreren Personen eine und dieselbe Sache, z. E. dasselbe Landgut, dasselbe Haus, und zwar ohne reelle Theilung vermacht ist. 2) Daß einer von den collegatariis wegfalle. 3) Daß dieser seine Portion noch nicht erworben habe. Nemlich: 1) **reelle Theile** hat der Testator gemacht, wenn er die legirte Sache dergestalt unter die Collegatarien vertheilt, daß jeder seinen Antheil, ohne weitere Abtheilung sogleich zu sich nehmen kann. Z. E. wenn der Testator sagt: A. und B. sollen mein Haus haben, A. das vordere, B. das Hinterhaus. Wenn die vermachte Sache auf diese Weise vertheilt ist, so sind die Legatarien nicht verbunden, und das ius accrescendi hat bey ihnen nicht Statt. Hingegen **intellectuelle Theile** (wenn der Testirer zwar gesagt hat, wie viel jeder Legatar haben solle, aber doch noch eine Abtheilung nöthig ist) **heben die Conjunction der Legatarien nicht auf**; z. E. wenn es heißt, **A. und B. sollen meinen Garten haben zu gleichen Theilen**, oder: **A. ein Drittel, B. zwey Drittel** (*1). 2) Ein Legatar fällt weg (deficit), wenn er seine Portion nicht haben will, oder nicht haben kann. Dahin gehört, wenn er schon zur Zeit der Testamentserrichtung nicht mehr gelebt hat; wenn er das Legat ausschlägt; wenn er vor dem Testator stirbt; wenn er schon zur Zeit, da das Legat verlassen wird, nicht erbfähig ist, oder nachher seine Erbfähigkeit verliert (*2). 3) Wenn ein erbfähiger Legatar den Testator überlebt, und nun stirbt, nachdem die *cessio diei* geschehen ist (§. 582. u. s. f.): so bekommt der Collegatar nichts. Denn der Verstorbene hat seine Portion acquirirt gehabt, und hinterläßt sie nun seinen Erben (*3).

(1) Die gemeine Meynung ist, die auch *Donell.* comment. lib. 7. cap. 13. lib. 8. cap. 21. *Scip. Gentilis* de iur. accresc. cap. 6. *Vinn.* h. t. §. 8. n. 15. sqq.

behaupten, daß auch bey dieser Art von Verbindung, bey legatariis, *verbis tantum coniunctis* d. i. bey denen der Testator partes quotas ausgedruckt hat, L. 142. D. de verbor. signif. L. 89. D. de legat. 3. das ius accrescendi Statt finde. Hingegen *Coccei* iur. controvers. tit. de legat. sect. de iure accrescendi, qu. 4. *Bach* diss. de iure accrescendi, §. 14. in opusc. p. 355. und Andere läugnen es. Nach den Gesetzen ist die Sache allerdings sehr disputabel. Indessen gestehen die Vertheidiger der verneinenden Meynung, daß die bejahende Lehre in der deutschen Praxis angenommen sey. *Bach* l. c. §. 18. ibique alleg. Dieß ist vernünftig. Denn warum soll das ius accrescendi Statt finden, wenn es heißt: ich vermache dem A. und B. meinen Garten; und nicht Statt haben, wenn ich sage: ich vermache dem A. und B. meinen Garten zu gleichen Theilen? Im letzten Fall setze ich etwas ausdrücklich zu, was sich im ersten von selbst versteht; mein Wille ist derselbe.

(2) Kurz, wenn das Vermächtniß entweder pro non scripto gehalten wird (§. 592.), oder caducum oder quasi caducum ist. (§. 494.)

(3) Das classische Gesetz in dieser Materie ist L. un. Cod. de caduc. toll. (VI. 51.).

§. 582. Zwey Fragen von den Legaten.

Noch zwey Fragen sind bey den Vermächtnissen zu beantworten: 1) von welcher Zeit an bekommt a) der Legatar ein Recht auf das Legat, und wann kann er b) dessen Auslieferung verlangen? 2) Von welcher Zeit an bekommt er, insonderheit, das Eigenthumsrecht der legirten Sache? Die Römischen Juristen drucken die erste dieser Frage so aus: quando dies legati cedit et venit? *Dies cessit* nemlich heißt bey ihnen, der Legatar hat das Vermächtniß acquirirt, so, daß er es auf seine Erben transmittiren kann. *Dies venit* heißt: er kann sein Recht auch ausüben, ist befugt, das legatum vom Erben zu fordern; kurz, der Zahlungstermin ist erschienen. Zuweilen hat der Legatar schon ein Recht auf das legatum, und doch kann er die Auslieferung, die Auszahlung vom Erben noch nicht fordern. Z. E. wenn mir 1000 Rthlr. dergestalt vermacht werden, daß ich sie erst zwey Jahre nach des Testators Tode ausgezahlt bekommen soll: so habe ich zwar gleich nach dessen Absterben ein Recht auf diese Summe (dies cedit statim); aber erst nach zwey Jahren kann ich dieses Recht ausüben, äußert es seine volle Wirkung, kann ich den Erben auf die Auszahlung des Legats belangen (dies venit).

§. 583. Quando dies cedat et veniat?

Wenn die Frage ist: quando dies legati cedat vel veniat, so sind folgende Regeln zu bemerken: 1) Wenn ein Vermächtniß ohne Bedingung hinterlassen ist, auch sogleich ausgeliefert oder bezahlt werden soll (pure et sine die relictum est), so erwirbt der Legatar ein Recht darauf von dem Augenblick an, da der Erblasser stirbt (*1). Die Folgen davon sind a) die Transmission auf die Erben des Legatars. Wenn er den Erblasser nur um eine Minute überlebt, so vererbt er sein Recht auf seine Erben, gesetzt auch, daß

er gar nichts von dem Vermächtniß gewußt hat. b) Er kann von dem Tode des Erblassers an die Früchte und Zinsen fordern (*).

Eine Ausnahme von dieser Regel machen a) das legatum libertatis, wenn man einem Sklaven die Freyheit vermacht; b) die Vermächtnisse der persönlichen Dienstbarkeiten, ususfructus, usus, habitationis. Auf diese erwirbt der Legatar erst ein Recht von Antretung der Erbschaft an. Was ist aber wohl die Raison dieser Ausnahmen? Daß bey dem Vermächtniß der Freyheit dies nicht eher als mit Antretung der Erbschaft cediren kann, hat seinen guten Grund. Denn wenn der Sklave sogleich mit dem Absterben des Erblassers frey geworden wäre, der Erbe aber nachher repudiirt hätte, so hätte der frey gewesene Mensch wieder ein Sklave werden müssen. Warum aber auch bey persönlichen Dienstbarkeiten *dies* erst von Antretung der Erbschaft an cedirte, davon weiß ich keine ganz befriedigende Ursache anzugeben. Gemeiniglich sagt man: wenn ein Legat auf die Erben gehet, so geben die Gesetze dem Legatar baldmöglichst ein Recht, damit, wenn er kurz nach dem Testator stirbt, das Legat doch seinen Erben zu gut komme. Wenn hingegen das Vermächtniß seiner Natur nach nicht auf die Erben kommen kann (und von dieser Art sind die legata servitutum personalium): so haben die Gesetzgeber geglaubt, man habe nicht Ursache mit der cessione diei so sehr zu eilen (**).

Soviel von der *cessione* diei bey unbedingten und unbetagten Vermächtnissen. Die Auslieferung oder Auszahlung dieser Art von Legaten kann der Legatar verlangen (*dies venit*), sobald der Erbe die Erbschaft angetreten hat, ausgenommen, wenn es ein legatum modale ist. Denn in diesem Fall ist der Erbe nicht eher schuldig, es auszuliefern, als bis der Legatar Caution gestellt hat, daß er den modum erfüllen wolle.

2) Wenn dem Legat eine Bedingung beygefügt ist, so hängt alles von der Wirklichkeit dieser Bedingung ab, mithin bekommt der Legatar kein Recht auf das Legat, noch weniger kann er die Auslieferung oder Auszahlung verlangen, eher als die Bedingung erfüllt ist. Stirbt er vor Erfüllung der Bedingung, so bekommen seine Erben nichts. Uebrigens versteht es sich, daß die beygefügte Bedingung keine von denen ist, welche als nicht beygefügt angesehen werden. (§. 493.)

3) Ist etwas eine bestimmte Zeitlang vermacht, z. E. es heißt, A. soll, so lange er keine Versorgung hat, jährlich von meinem Erben 500 Rthlr. ausgezahlt bekommen; so ist eben das Rechtens, was dem legato puro gilt (Num. 1.).

4) Ist das Legat von einer gewissen Zeit an verlassen, z. E. A. soll 1000 Rthlr. haben, aber nicht eher als drey Jahre nach meinem Tode, so ist die Regel: dies cedit ut in legatis puris (Num. 1.), venit autem tempore

lapso, das heißt, der Legatar bekommt sogleich ein Recht auf die 1000 Rthlr. und wenn er vor Ablauf der Zeit stirbt, so vererbt er sein Recht auf seine Erben. Allein erst, wann die drey Jahre verflossen sind, kann er oder sein Erbe die Auszahlung fordern. Er kann also auch von der vorhergehenden Zeit keine Früchte oder Zinsen verlangen.

5) Wenn die dem Vermächtniß beygefügte Zeit völlig ungewiß ist, oder man wenigstens nicht weiß, ob sie kommen wird: (§. 491.) so ist sie als eine Bedingung anzusehen (Num. 1.).

6) Eben dieses ist Rechtens, wenn es ungewiß ist, daß der Tag kommen wird, und ungewiß, wann er kommen wird. Z. E. es hieße: A. soll mein Erbe seyn, meine Wittwe aber den Nießbrauch meines ganzen Vermögens haben; nach ihrem Tode soll B. ein Vermächtniß von 1000 Thalern bekommen. Dieß ist ein bedingtes Vermächtniß. Denn ob es gleich gewiß ist, daß meine Wittwe sterben wird, so ist es doch zweifelhaft, ob B. diesen Todestag erleben werde. Will aber B. das Legat haben, so muß er den Tod der Wittwe erleben; also dependiret das Vermächtniß von einer künftigen ungewissen Begebenheit, folglich ist es bedingt (conditionatum) (*[3]). Man sehe die 39. Tabelle.

(1) Eigentlich würde der Legatar nur erst durch die geschehene Antretung der Erbschaft ein Recht bekommen, das Vermächtniß zu fordern. Weil aber der Erbe dieß leicht ungebührlich verzögern könnte, so ist die Vorschrift der Gesetze nicht unbillig, daß das Recht des Legatars, in Voraussetzung, daß die Antretung der Erbschaft oder Anerkennung des letzten Willens danächst wirklich erfolgt, mithin das Testament nicht destitutum wird (§. 522.), sogleich nach des Testirers Tode als erworben angenommen, mithin auch des Uebergangs auf seine Erben, wenn es solchen an sich zuläßt, fähig seyn solle. W. Dieß ist aber nicht zu allen Zeiten Rechtens gewesen. Vor dem Papisch-Poppäischen Gesetze war es so. Allein in diesem Gesetze wurde verordnet, daß cessio diei bey Legaten per vindicationem erst mit Eröffnung des Testaments erfolgen sollte. *Ulpian*. fragm. tit. 24. §. 31. Bey legatis per damnationem, sinendi modo und per praeceptionem erfolgte sie noch später, nemlich erst mit Antretung der Erbschaft. *Heinecc*. ad L. Iul. lib. 3. cap. 7. §. 4. Wenn der Legatar nach Verfertigung und vor Eröffnung des Testamentes, oder vor Antretung der Erbschaft starb, so war das Legat *vacans* oder *caducum*, und fiel dem Fiscus zu. Justinian hob diese Verordnung in der L. un. C. de caduc. toll. (VI. 51.) auf, und setzte wieder fest, daß dies bey legatis puris vom Todestage des Erblassers an cediren sollte. *I. H. Boehmer* diss. de diff. legator. puror. et non puror. §. 6. sqq. Ex. ad Pand. Tom. 5. pag. 166. sqq.

(*) Dies hängt vor allen Dingen von der Bestimmung des Testators ab. Als Regel ist es an sich nicht anzunehmen. L. 1. L. 4. C. de usur. et fruct. legator. (VI. 47.) *Leyser* med. ad Pand. spec. 382. *I. H. Luis* de natura legati generatim et in specie quo temp. debeantur fructus et usurae. Goett. 1786. Der einstweilen nur angenommene Erwerb des Vermächtnisses zum Zweck der Trans-

mission desselben auf die Erben des Legatars erstreckt sich auf diese Wirkung nicht. W.

(2) *Heinecc.* ad L. Iul. et Pap. Popp. lib. 3. cap. 2. p. 382. Dieß will auch wohl Ulpian in der L. 3. D. quando dies legator. wo es heißt: nam cum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante (nemlich ante aditam hereditatem) quis diem eius cedere dixerit. Allein in Ansehung der Früchte wäre es doch nicht so ganz frustra. (vergl. aber die vorhergehende Note (*).

(3) L. 1. §. 1. 2. L. 79. §. 1. D. de condit. et dem. Nur in dem Fall, wenn ich einem etwas vermache auf den Tag, da er sterben wird, das dann freylich ein höchst seltsames Legat wäre, so ist es legatum purum. cit. L. 79. pr. D. de condit. et demonstr. Diese ganze Materie ist erläutert in *Averan* interpret. lib. 4. cap. 5. sqq. Wenn bloß die Auszahlung des Legates auf einen ungewissen Tag gesetzt ist, z. E. es hieße: dem A. vermache ich 1000 Thaler, die ihm aber nicht eher, als nach erlangter Majorennität bezahlt werden sollen; so ist es kein bedingtes Legat. *Sande* decis. lib. 4. Tit. 4. def. 7.

§. 584. Von welcher Zeit an wird der Legatar Eigenthumsherr?

Wenn die Frage entsteht: von welcher Zeit an der Legatar Eigenthümer der legirten Sache werde? so sind folgende Sätze zu behalten: 1) so lange der Legatar das Legat noch nicht erworben hat (dies nondum cessit), steht ihm natürlicher Weise auch kein Eigenthumsrecht darauf zu. 2) Ist aber die Erwerbung geschehen (si dies cessit), so ist entweder ein genus vermacht, oder eine species (ein individuum). Im ersten Fall wird der Legatar Eigenthümer, wenn ihm der Erbe ein unter das genus legatum gehöriges individuum übergiebt. Im letzten Fall ist die species entweder dem Testator eigen, oder nicht. Vermacht mir einer eine Sache, die nicht sein eigen ist: so muß sie der Erbe, wo möglich, kaufen, und mir übergeben. Sobald er dieß thut, und eher nicht, bin ich Eigenthümer.

Wenn mir hingegen jemand etwas vermacht, das sein ist, so muß man ein dreyfaches Eigenthum unterscheiden. Sobald der Testator die Augen schließt, ist auch der Legatar Eigenthümer, aber nur in soweit, daß er das Legat auf seine Erben transmittiren kann. Weiter erstreckt sich sein Eigenthum nicht. Denn er kann das Legat nicht vom Erben fordern, ehe dieser die Erbschaft angetreten hat. Auch ist dieß Eigenthum nur eventuell. Denn wenn der Erbe die Erbschaft repudiirt, so geht das Legat gänzlich zu Grunde. Ein wirksameres und gewisseres Eigenthum fängt erst mit der Erbschaftsantretung an. Nun kann der Legatar sagen, daß die legirte Sache sein bleibe. Indessen ist er auch befugt, das Legat auszuschlagen, und wenn er dieß thut, so ist es, als ob er nie Eigenthümer gewesen wäre, sein Eigenthum ist also noch auflöslich. Erst alsdann, wenn er erklärt, daß er das Legat annehme, fängt sein unauflösliches Eigenthum an. — Einer Uebergabe bedarf es hier nicht. Legatum, sagt Papinian L. 80. D. de legat. 2. ita dominium rei legatarii facit, ut here-

ditas heredis res singulas; quod eo pertinet, ut, si pure res relicta sit, et legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat, nunquam factum heredis (*).

(*) Dieß gilt auch von besondern Fideicommissen, nach dem ihnen das Gesetz durchaus gleiche Rechtswirkungen mit dem Legatar zugestanden hat. L. 1. u. 2. C. commun. de legat. L. un. C. de caduc. toll. Das Gegentheil behauptet indeß der Verfasser der Berichtigungen und Zusätze zu den Institut. pag. 94. Er meynt, der Fideicommissar könne nur durch Uebergabe das Eigenthum erhalten, und rechtet deshalb mit Justinian glorwürd. Andenkens, der es freylich oft den neuern Rechtsgelehrten nicht recht gemacht hat, dessen Apologie ich aber hier nicht übernehmen will. Uebrigens ist nicht abzusehen, warum, wenn das Eigenthum directe durch die Vorschrift des Gesetzes auf Jemanden übergehen kann, nicht auch eben diese Wirkung bey noch andern Mittelspersonen ipso iure eintreten könnte. Und gesetzt, es ließe sich etwas dagegen sagen, was würde am Ende aus unserm positiven Rechte, und aus der Rechtspflege werden, wenn der Satz: Irrthümer sind keine Gesetze, in seiner vollen Ausdehnung dagegen geltend gemacht werden könnte? W.

§. 585. Klagen des Legatars.

Wenn die Frage ist: was für eine Klage der Legatar anstelle? so ist (S. die 40 Tabelle) entweder die Rede von einer körperlichen, oder von einer unkörperlichen Sache. Im ersten Falle existirt die Sache entweder noch, oder sie ist zu Grunde gegangen. Wenn sie noch existirt, so kommen dem Legatar drey Klagen zu: 1) *rei vindicatio*. Sie setzt voraus, daß das Eigenthum auf den Legatar mit völliger Wirksamkeit (§. 584.) schon übergegangen ist. 2) Actio personalis ex testamento. Wer eine Erbschaft antritt, macht sich stillschweigend verbindlich, daß er alles, was im Testament verordnet ist, erfüllen wolle. Daher kann er von den Legatarien aus dem Testament belangt werden. 3) Die Legatarien und Fideicommissarien haben ein gesetzliches Pfandrecht auf das Vermögen des Erblassers, und können daher jeden, der etwas aus der Erbschaft besitzt, mit der hypothekarischen Klage belangen. Verschiedene Anmerkungen über dieses stillschweigende Pfandrecht werden unten §. 719. vorkommen. Ist die vermachte Sache zu Grund gegangen, und zwar ohne Schuld des Erben: so hat keine Klage Statt; der Legatar muß den Verlust tragen. Wenn hingegen der Erbe schuld an dem Untergang der Sache ist, so kann er actione personali ex testamento auf die Ersetzung des Schadens belangt werden (§. 564).

Ist eine unkörperliche Sache legirt, so ist sie entweder a) ein genus, eine Quantität, oder b) eine Befugniß (§. 564.). Im ersten Fall hat actio ex testamento Statt; z. E. wenn ich einem 2000 Rthlr., wenn ich einem eine goldene Taschenuhr (in genere) vermache. Im letzten hingegen wird die Klage angestellt, die aus dem legirten Recht entspringt; z. E. wenn mir jemand eine

Servitut

Servitut vermacht, so stelle ich die confessorische Klage an; wird mir eine Forderung vermacht, die aus einem Darlehn entstand, so kommt mir condictio ex mutuo zu (§. 563.).

TIT. XXI.

DE ADEMTIONE LEGATORUM.

§. 586. Uebergang zu dieser Lehre.

Dieser Titel handelt von den verschiedenen Arten der ungültigen Vermächtnisse. Die ungültigen legata sind entweder *ademta*; oder *nulla*; oder *pro non scriptis habita*; oder *ereptitia*; oder *exstincta*.

Mit den ademtis hat es folgende Bewandtniß: die legata und fideicommissa werden in einem letzten Willen hinterlassen; ein letzter Wille ist wiederruflich. Daher kann man ein Vermächtniß, eben so wie eine testamentarische Erbeseinsetzung nach Gefallen wiederrufen. Eine solche Wiederrufung heißt *ademtio legati* überhaupt. Sie ist entweder *ademtio* in engerer Bedeutung, oder *translatio*. Jene ist vorhanden, wenn ich ein Vermächtniß wiederrufe, ohne ein anders an dessen Stelle zu setzen; diese aber, wenn ich an die Stelle des ersten Vermächtnisses ein anderes setze; wenn ich etwas an dem Legat ändere (*1). Man sehe die 41. Tabelle.

(1) *Theod. Frid. Christ. Raydt* commentat. de variis, quibus legata invalida fieri possunt modis, eorumque diversis effectibus. *Ling.* 1794. 4.

§. 587. Was ist die ademtio legati?

Die *ademtio legati* in der engeren Bedeutung wird entweder a) durch Worte erklärt, oder b) durch andere Handlungen, oder c) sie wird von den Gesetzen als geschehen angenommen, obgleich der Testator nichts erklärt hat (*1).

(1) Heineccius theilt die Ademtionen ein in solche, die ipso iure, und die so ope exceptionis geschehen. Zu jenen rechnet er: a) wenn der Testator im Testament oder in Codicillen das Legat aufhebt; b) wenn er eine Handlung unternimmt, woraus sich schliessen läßt, daß er das Legat nicht hinterlassen wolle. Zu diesen hingegen: a) wenn Feindschaft zwischen dem Testator und Legatar entsteht; b) wenn der Testator auf einem Zettel oder vor zwey Zeugen das Legat wiederruft. Nun ist zwar richtig, daß nach der alten Römischen Gerichtsverfassung jener Unterschied nicht unerheblich war. Allein ipso iure war nur ein Legat ademtum, wenn es der Testator im Testament oder in codicillis confirmatis wiederrief. *Cuiac.* in paratitl. 1. ad tit. pand. de adim. legat. Nach den neuen Gesetzen und bey uns hat die Distinction gar keinen Nutzen. *Otto* in not. h. t. Zwar schreibt *Greve* diss. de mutatione et revocatione testamenti (Goett. 1789. §. 7); er wundere sich, daß ein Ictus acutissimus (wie er mich zu nennen beliebt) so etwas sagen könne. Die Distinction sey practisch. Wenn ein Legat ipso iure ademtum sey, so gelte es nicht, obgleich der Testator nachher gewollt habe, daß es gelten solle; er müsse es wieder von

neuem constituiren. Wenn es hingegen nur ope exceptionis ademtum gewesen sey, und man könne beweisen, daß den Testator in der Folge die Ademtion gereuet habe, so bleibe das Legat gültig. — Ich antworte: 1) kein Vermächtniß, es mag ademtum seyn, auf welche Weise es wolle, wird nach dem Civilrecht in der Folge wieder gültig, wofern es der Testator nicht wieder aufs neue nach der gesetzlichen Vorschrift (§. 556.)) verordnet. Dieß ist der Analogie bey den Testamenten gemäß; indem ein rumpirtes Testament nicht wieder gültig wird, wenn gleich der Umstand, durch den es rumpirt wurde, wieder wegfällt. Da aber der Prätor in diesem Falle bonorum possessionem gab, so glaube ich, daß er auch ein Legat hat gelten lassen, wenn der Umstand, durch den es ademtum wurde, wieder wegfiel. 2) Ob es ademtum geworden ist ipso iure, oder ope exceptionis, erhebt nichts. Wenn es z. B. durch ein Codicill ist aufgehoben worden, und der Testator das Codicill nachher zerreißt, in der Absicht, daß das Legat wieder gelten solle, so ist es gültig. 3) Wenn das Legat durch ein neues Factum des Testators wieder gültig werden soll, so muß erwiesen seyn, daß er das Factum in der Absicht unternommen habe, das Legat wieder gültig zu machen. Ein Fall ist in der L. 15. h. t. enthalten. Ich habe einen Sklaven legiret, und ihn darauf verkauft. Dadurch wurde das Vermächtniß ademtum. Nun kaufe ich den Sklaven wieder. Kann der Legatar den Sklaven verlangen? P a u l l u s sagt, nein, es steht ihm *exceptio doli* entgegen (also das Legat war ope exceptionis ademtum), wenn er nicht novam voluntatem defuncti beweisen kann, d. i. beweisen kann, daß der Testirer den Sklaven in der Absicht wieder gekauft habe, um das Legat wirksam zu machen. 4) Nur in dem Fall, wenn das Legat durch eine entstandene Feindschaft ademtum geworden ist, und nachher eine Aussöhnung erfolgte, erfordern die Gesetze einen solchen Beweis nicht.

§. 588. Von der ademtione durch Worte oder andere Handlungen.

Die ademtio geschieht mit **Worten**, wenn ich im Testament (*[1]) oder in Codicillen vor fünf Zeugen (*[2]) erkläre, daß einer das, was ich ihm zuvor vermacht habe, nicht haben solle. Wie aber, wenn der Testirer mündlich vor zwey, drey, vier Zeugen, oder schriftlich ohne alle Zeugen erklärt, daß ein vorher von ihm gestiftetes Vermächtniß nicht gelten solle? Jetzt ist die Sache sehr streitig. Ich pflichte denen bey, welche eine solche Ademtion für gültig halten (*[3]). Die Ademtion kann aber auch durch **Handlungen** geschehen; dergleichen sind, a) wenn ich die Stelle im Testament, oder in den Codicillen, die das Vermächtniß enthält, durchstreiche. b) Wenn ich die legirte Sache verderbe; z. E. das legirte Porcellan zerbreche; ferner c) wenn ich sie in eine andere Gestalt bringe, und zwar so, daß man ihr die vorige Gestalt nicht wieder geben kann; z. E. wenn ich einem Bauholz vermacht habe, und Bretter daraus schneiden lasse: denn wenn ich die Sache verändere, sie aber doch wieder in ihre vorige Form gebracht werden kann, so ist das Legat nicht aufgehoben; z. E. wenn ich aus dem legirten silbernen Teller Löffel machen lasse (*[4]).

d) Wenn ich sie ohne Noth verkaufe, vertausche oder wenn ich sie verschenke (*⁵);
e) wenn ich die legirte Schuldforderung ohne Noth eintreibe (§. 563.) u. d. gl.

(1) Dieß kann auch, wie Justinian pr. I. h. t. sagt, eodem testamento geschehen. Ich kann einem nemlich im Anfang des Testaments etwas vermachen und am Schluß wieder nehmen. Wenn ich ein Legat in einem Testament verordnet habe, und ein anderes Testament mache, so ist keine ausdrückliche Ademtion nöthig, denn das erste Testament gehet ohnehin, folglich auch das Legat, zu Grunde.

(2) Und zwar, nach dem neuen Recht, in allen, sowohl durch ein Testament bestätigten, als nicht bestätigten Codicillen. *Vinn.* ad pr. I. h. t.

(3) L. 27. C. de fideic. (VI. 42.) sagt: fideicommissum, eius, qui reliquerat, *poenitentia probata*, successores nunquam praestare compelluntur. Die poenitentia aber kann durch zwey Zeugen erwiesen werden. In der L. 3. §. ult. de adim. legat. heißt es: *legata nuda voluntate* adimuntur. Da endlich schon Vermuthungen zur Ademtion hinreichen, so ist nicht einzusehen, warum eine schriftliche oder vor zwey Zeugen abgelegte Erklärung diese Wirkung nicht haben sollte. *Harpprecht* ad §. 1. I. h. t. *Stryk* caut. test. cap. 23. §. 30. *Cocceii* iur. contr. h. t. qu. 1. *Wernher* P. 1. obs. 300. *Crell* diss. ad L. 3. §. 11. D. de adim. vel transf. legat. *Pufendorf* Tom. 2. Obs. 116. Cramers Nebenst. 44. Th. 99. S. *Raydt* l. c. §. 9. Anderer Meynung sind *Lauterbach* coll. h. t. §. 5. *Berger* O. I. pag. 305.

(4) D. i. in dem Fall, wenn die Sache in die vorige Form gebracht werden kann, ist zu vermuthen, daß es nicht animo adimendi geschehen sey; ausserdem aber ist das Gegentheil zu präsumiren. *Vinn.* ad §. 19. de legat. — — Eine Veränderung der Sache, wodurch sie in eine andere Art von Dingen umgeschaffen wird, und welche die Herstellung ihrer vorigen Form nicht zuläßt, wird einem gänzlichen Untergang derselben gleichgeachtet (§. 321. 322.). W.

(5) Nemlich, wenn ich die Sache verschenke, oder ohne Noth verkaufe, vertausche, so wird vermuthet, daß ich es in der Absicht gethan habe, das Vermächtniß aufzuheben. Der Legatar muß also das Gegentheil beweisen. Wenn ich im Gegentheil die Sache aus Noth verkaufe, so glaubt man nicht, daß es in der Absicht geschehe, das Vermächtniß aufzuheben, wo nicht der Erbe beweißt, daß ich wirklich diese Absicht gehabt habe. Ist es zweifelhaft, ob ich aus Noth, oder ohne Noth alienirt habe, so muß der Legatar den Beweis führen, denn die Noth ist *facti*, wie die Rechtsgelehrten sich ausdrücken, und facta müssen erwiesen werden. Durch die Verpfändung der vermachten Sache wird das Legat nicht aufgehoben; denn eine Verpfändung nimmt man gewöhnlich nicht ohne Noth vor. §. 12. h. t. ibique. *Vinn.* n. 3.

§. 589. Von der vermuthlichen Ademtion.

Die Ademtion wird nach den Gesetzen vermuthet, wenn eine heftige Feindschaft zwischen dem Testator und Legatar entsteht, und vor des Testators Absterben keine Aussöhnung erfolgt (*¹). Nicht jeder kleine Zwist ist also dazu hinreichend, sondern nur eine heftige Feindschaft. Wenn aber dergleichen zwischen dem Testator und Legatar entstanden, auch nachher keine Aussöhnung

geschehen ist, so sagen die Gesetze, es ist zu vermuthen, daß der Testator das Legat nicht hat wollen gelten lassen, es soll als ademtum angesehen werden (*2).

(1) *Pufendorf* tom. 1. obs. 39.

(2) Merkwürdig ist, daß eine Erbeseinsetzung darum nicht für aufgehoben geachtet wird, weil der Testator mit dem Erben in Feindschaft gerathen, daß also zwischen Erbeseinsetzung und Vermächtniß in diesem Stück ein Unterschied ist. *Voet.* ad Pand. h. t. §. 5.

§. 590. Von der Translation.

Die Translation eines Vermächtnisses kann auf vielerley Art geschehen, 1) wenn die Person des Legatars geändert wird; z. E. es heißt: ich habe zwar in meinem Testament dem A. mein Landgut vermacht, nehme aber jezt aus bewegenden Ursachen dieses Vermächtniß zurück, und will, daß nicht A., sondern B. das Landgut haben soll. 2) Wenn ich die Person des Erben ändere, d. i. wenn ich einem andern Miterben die Auszahlung des Vermächtnisses auflege, z. E. ich sage: in meinem Testament habe ich meinem Erben A. anbefohlen, den Armen 1000 Rthlr. auszuzahlen; aber ich ändere diese Disposition jezt dahin, daß nicht A. sondern B. dieses Vermächtniß bezahlen soll. 3) Wenn der Gegenstand des Vermächtnisses geändert wird; z. E. ich habe zwar dem A. meine sämmtlichen Mobilien vermacht; weil ihm aber der Transport zu viel kösten würde: so will ich ihm statt derselben 2000 Rthlr. vermachen. 4) Wenn die Form des Vermächtnisses eine Aenderung leidet. Ich habe einem etwas unbedingt vermacht, nun vermache ich es bedingungsweise, oder umgekehrt. Ich hatte einem 1000 Rthlr. dergestalt vermacht, daß er sie erst 3 Jahre nach meinem Tode ausgezahlt bekommen sollte; nun verordne ich, daß er sie sogleich haben soll, u. s. w.

Wenn ich ein Legat von einem Legatar auf den andern transferiren will: so ist es nicht genug, daß ich sage, der Andere soll es haben; sondern ich muß auch zugleich zu erkennen geben, daß es der Erste nicht haben solle. Z. E. wenn ich in der ersten Disposition dem A. mein Haus vermacht habe, und in der zweyten Disposition blos sage: B. soll mein Haus haben; so ist dadurch das Haus dem A. nicht benommen, sondern er und B. werden als legatarii coniuncti angesehen (§. 581.). Will ich also, daß A. das Haus nicht, sondern daß es B. allein haben soll, so muß ich sagen: das Haus, welches ich in meiner vorigen Disposition dem A. vermacht habe, vermache ich jezt dem B. oder (weil auch diese Worte verschiedenen Juristen zweifelhaft scheinen) noch besser: A. soll das Haus, das ich ihm vermacht habe, nicht bekommen, sondern es soll dem B. vermacht seyn.

§. 591. Was dazu erforderlich ist.

Wer ein Legat transferirt, der hebt das erste Vermächtniß auf, und setzt zugleich an dessen Stelle ein neues. Daraus folgt, daß die Translation eines Vermächtnisses eben so geschehen muß, wie die Errichtung eines ganz neuen Legats; das heißt, entweder a) im Testament, oder b) in einem Codicill, oder c) durch einen dem Erben mündlich ertheilten Befehl (*1). Wenn ich ein Legat transferiren will, diese Erfordernisse aber nicht beobachte: so gilt meine Erklärung zwar als Ademtion, aber nicht als Translation. Z. E. in einem Testament hatte ich dem A. meinen Garten vermacht. Nun erkläre ich vor zwey Zeugen, A. soll meinen Garten nicht haben, ich will ihn vielmehr dem B. vermachen. Was ist Rechtens? Weder A. noch B. bekommen den Garten. Meine Erklärung gilt als Ademtion; denn diese kann vor zwey Zeugen geschehen, daher bekommt A. den Garten nicht, aber als Translation ist sie ungültig, weil sie nicht auf die bey der Translation erforderliche Art geschehen ist (recte ademtum est legatum, sed non recte translatum); daher kann auch B. den Garten nicht erhalten.

(1) Wenn ich indessen dem Erben mündlich gesagt hätte, daß ein Vermächtniß abgeändert seyn sollte, und keine zwey Zeugen dabey gewesen wären: so würde dieses zum Nachtheil des Legatars nicht gelten.

§. 592. 593. Von legatis exstinctis, nullis, pro non scriptis habitis und ereptitiis.

Wir gehen zu den legatis *exstinctis*. Man versteht darunter Legate, die von Anfang gültig sind, hernach aber durch einen Zufall zu Grunde gehen. Dergleichen sind: 1) wenn der Legatar vor dem Testirer stirbt, und keinen mit ihm verbundenen Collegatar hat. Denn ist ein solcher vorhanden, so fällt das legatum auf ihn ex iure accrescendi; es wird also nicht exstinguirt. 2) Wenn der Legatar die Erfüllung der Bedingung nicht erlebt. 3) Wenn ich einem eine Sache vermache, die nicht mein gehört, und er sie noch vor meinem Tode umsonst acquirirt. 4) Wenn die legirte Sache ohne Schuld des Erben zu Grunde geht. 5) Wenn die Bedingung des Vermächtnisses nicht zur Erfüllung kommt.

Die legata sind *nulla*, wenn die Disposition, worin sie enthalten sind, ungültig ist; also wenn das Testament nullum, oder ruptum, oder irritum, oder destitutum ist; wenn das Codicill, worin das Legat verordnet ist, nicht gilt, u. s. w. Wird das Testament als nullum ex Nov. 115. oder als inofficiosum umgestoßen (si rescissum est), so bleiben die Legata gültig (§. 535.).

Pro non scriptis habita legata sind Vermächtnisse, die in einer gültigen Disposition enthalten, und doch gleich von Anfang ungültig sind. Dahin gehört: 1) wenn ich mein Testament durch Jemand anders aufsetzen oder abschreiben lasse, und dieser Vermächtnisse, die ihm zu Theil werden sollen, selbst niederschreibt. Ein solches Vermächtniß ist ungültig, wofern nicht der Testator mit

eigner Hand anmerkt, daß es auf sein Verlangen niedergeschrieben sey (*1). 2) Wenn einem Menschen ein Legat hinterlassen wird, welcher unfähig ist, dergleichen zu bekommen. 3) Wenn der Legatar zur Zeit, da das Vermächtniß errichtet wird, schon mit Tode abgegangen ist. 4) Wenn das Vermächtniß so dunkel ist, daß es schlechterdings nicht zu erklären steht.

Endlich *legata ereptitia* sind die, welche dem Legatar wegen seiner Unwürdigkeit genommen werden. Die Handlungen, welche den Legatar unwürdig machen, sind hauptsächlich: 1) wenn der Legatar den Erblasser vorsetzlich umgebracht hat, oder durch Nachlässigkeit an dessen Tode schuld ist; 2) wenn er das Testament ohne allen Grund für falsch ausgiebt, oder bonorum possessionem dagegen sucht, oder querelam inofficiosi (§. 535.) anstellt; 3) wenn er die Erbschaft bestohlen; 4) einen Ehebruch mit dem Erblasser, oder der Erblasserin begangen (§. 486.); 5) den Erblasser nach seinem Tode injurürt; 6) das Testament versteckt hat. In den vier ersten Fällen nimmt der Fiscus das Legat weg, in den beyden letztern behält es der Erbe.

(1) Zuerst verordnete das SCtum Libonianum, dessen Alter ungewiß ist, daß niemand, welcher eines Andern Testament schreibt, bey Strafe der Nullität sich darin etwas zum Vortheil niederschreiben soll. L. 1. D. de his, quae pro non script. L. 6. L. 14. §. 1. L. 18. L. 22. §. 6. ad L. Cornel. de fals. L. 29. D. de testam. tut. Kaiser Claudius verordnete durch ein Edict weiter, daß auch ein filius familias nichts zum Vortheil seines Vaters und ein Sklave nichts für seinen Herrn niederschreiben, daß ein Contravenient nach der L. Cornelia de falsis bestraft werden, und daß keinen die Unwissenheit des Gesetzes entschuldigen soll, L. 15. D. ad L. Cornel. de fals. In der Folge sind diese Verordnungen durch die Kaiserliche Rescripte und die Interpretation der Juristen theils erweitert, theils modificirt worden. L. 1. sqq. C. de his, qui sibi adscrib. (IX. 23.). Soll das Vermächtniß gelten, so ist nicht genug, daß der Testator die Disposition überhaupt unterschreibt (subscriptio generalis), sondern er muß an dem Rand anmerken, daß dieß Vermächtniß auf seinen Willen niedergeschrieben worden, oder unter den letzten Willen eine specielle Unterschrift setzen, z. E. mit eigner Hand schreiben: daß obstehendes Vermächtniß von 100 fl. für den Herrn A. auf meinen Willen meiner Disposition einverleibt worden ist, bezeuge ich durch diese meine Unterschrift. L. 2. C. ibid. Eine Ausnahme enthält L. 1. §. 8. D. ad L. Cornel. de fals. Wenn indessen auch keins von beyden geschehen wäre, der Testator aber doch vor 2 Zeugen das Vermächtniß eingestanden hätte: so würde es nicht ungültig seyn. *Io. Iac. Mascov.* diss. de his, qui sibi adscribunt in testamento, ad explicationem SCti Liboniani Lips. 1731. *Ioh. Wilh. Marckart* diss. de his, qui sibi adscribunt in testam. alieno, in exercit. acad. n. 3. *Stryk* de cautel. testam. cap. 20. Westphal von Testamenten §. 862. ꝛc. Nach *Paull.* recept. sent. L. I. 6. 14. findet hiebey doch auch das ius accrescendi Statt. — Heutigestages fällt die *poena falsi* weg, wenn man nicht beweisen kann, daß der Schreiber des Testaments ohne den Willen des Testators das Vermächtniß eingeflickt habe.

TIT. XXII.

DE LEGE FALCIDIA.

§. 594. 595. Geschichte dieses Gesetzes.

Die Gesetze der 12 Tafeln verordneten: pater familias uti legassit super familia, ita ius esto. Nach dieser Verordnung hatte also ein Testator das Recht, so viele Vermächtnisse zu machen, als er wollte. Dieses Recht wurde aber zuweilen gemißbraucht. Manche Testatoren machten so viele Legate, daß dem Erben wenig oder nichts übrig blieb; die Erben schlugen also die Erbschaften, bey welchen sie keinen, oder einen nur sehr geringen Vortheil hatten, aus, und manche Testamente wurden deswegen destituirt. Diesem abzuhelfen, wurden verschiedene Gesetze gemacht. Zuerst verordnete Lex Furia, man sollte Niemanden (außer den Verwandten und gewissen andern bestimmten Personen) mehr als 1000 asses vermachen können. Dieses Gesetz erreichte aber die erwünschte Absicht nicht. Denn die Testatoren machten nun zwar keine Vermächtnisse, deren Eins über 1000 asses betrug; sie hinterließen aber deren so viele, daß dennoch dem Erben nichts übrig blieb.

Voconius Saxa gab daher ein zweytes Gesetz: kein Römischer Bürger, kein *census*, wie es im Gesetz heißt (*[1]), sollte einem mehr vermachen, als er dem Erben übrig ließe. Wenn z. E. der Erbe nach Abzug aller Vermächtnisse 1000 Rthlr. übrig behielt: so durfte sich kein Vermächtniß über 1000 Rthlr. erstrecken. Allein auch dieses Gesetz hatte die gehoffte Wirkung nicht. Denn wenn jemand sehr viele kleine Legate hinterließ, so konnte es geschehen, daß dem Erben eine unbedeutende Kleinigkeit übrig blieb, obgleich kein Legatar mehr, als der Erbe bekam. Auch schicanirte man mit dem Worte census, das im Gesetze stand. Ein Bürger, der sich nicht hatte schätzen lassen (qui non census erat), glaubte nicht an die legem Voconiam gebunden zu seyn (*[2]). Und der Bürger, welche nicht geschätzt waren, gab es nicht wenige, weil der census nicht ordentlich alle fünf Jahre gehalten wurde.

Endlich veranlaßte der Tribunus Plebis P. Falcidius unter dem Triumvirat des Lepidus, Octavianus und Antonius, (i. J. 714) ein Gesetz, welches passender und wirksamer war; das Gesetz: Niemand sollte mehr als drey Viertel der Erbschaft zu Vermächtnissen aussetzen; dem Erben sollte allezeit eine Quart des Vermögens übrig gelassen werden, und wenn er so viel nicht übrig behalte, sollte er befugt seyn, den Legatarien einen Abzug zu machen. Diese Verordnung heißt *lex Falcidia*, und die dem Erben darin versicherte Quart: *quarta Falcidia* (*[4]).

(1) *Perizonius* ad Vocon. p. 118. sqq. edit. *Heinecc.* de ann. 1772. *Wieling* lect. iur. civ. lib. 2. cap. 20.

(2) *Bach* Diss. de his, quae imputantur in quartam Falcidiam. §. 2. opusc p. 435.

(3) Eine Vermuthung über die geheime Ursache dieses Gesetzes hat *Io. Wilh. Hoffmann* in histor. triumvirat. §. 15. Apud *Fellenberg* in iurisprud. ant. Tom. 2. p. 303. Die Triumvirn hatten den Testamentserben eine Abgabe aufgelegt; es war ihnen also daran gelegen, daß die Testamente bey Kräften blieben.

(4) Von dem Falcidischen Gesetz handelt weitläuftig *Athanas. Oteyza et Olano* in paralipom. iur. civ. lib. 4. cap. 1. sqq. in *Meermann* thesaur. tom. 1. p 533. sqq. und *Iac. Voorda* commentar. ad. L. Falcid. Harling. 1730. 8. Westphal von Vermächtnissen §. 1132 ꝛc. Von seiner Geschichte so *Otto* ad pr. h. t. Von der Berechnung der Falcidischen Quart s. Stors Proceß 3 Th. 132. u. ff. Seite. Zuweilen verstehen die Römischen Juristen unter der Falcidia den Pflichttheil. L. 8. §. 11. D. inoff. test. Auch die Trebellianische Quart heißt bey ihnen Falcidia (§. 611.).

§. 596. Grundsätze desselben.

Das Falcidische Gesetz also hat zwey Theile. Der erste ist: dem Erben soll allezeit ein Viertel der Erbschaft übrig bleiben; dieses Viertel soll der Testator nicht mit Legaten beschweren. Der zweyte: handelt ein Testator dagegen, und macht so viele Legate, daß dem Erben ein Viertel der ganzen Verlassenschaft nicht übrig ist: so kann der Erbe jedem Legatar etwas, und allen zusammen so viel abkürzen, daß ihm die Quart übrig bleibe. Z. E.

Das Vermögen ist	12000 Fl.
Mithin kann der Testator vermachen	9000
Und muß dem Erben lassen	3000
Dem A. sind aber vermacht	6000
Dem B.	3000
Dem C.	1000
Summe der Vermächtnisse	10000
Dem Erben bleiben also nur übrig	2000
Und es sollten ihm übrig bleiben	3000

Er kann folglich jedem Legatar etwas abziehen. Wie viel aber? Man rechne also: allen Vermächtnissen, welche 10000 fl. betragen, werden abgezogen 1000; wie viel kann also von den legirten 6000, wie viel von den 3000, wie viel von den 1000 abgezogen werden? Oder:

$$10000 : 9000 = 6000 : 5400.$$
$$10000 : 9000 = 3000 : 2700.$$
$$10000 : 9000 = 1000 : 900.$$

Summe 9000.

§. 597.

597. Wer zieht die Falcidische Quart ab?

Die Falcidische Quart wird vom Erben abgezogen, wenn er mit übermäßigen Legaten beschwert ist. Nach dem Falcidischen Gesetz soll nur ein Testamentserbe dieses Recht haben; in der Folge erhielten es aber auch die Intestaterben, welche in Codicillen mit Vermächtnissen beladen sind (*1). Sind mehrere Erben vorhanden, so ist es nicht genug, daß sie alle zusammen die Quart frey haben, sondern jeder insbesondere kann sie von seinem Erbtheile, den er bekommen würde, wenn gar keine Vermächtnisse ihm auferlegt wären, verlangen. Z. E. die Miterben sind A. B. C.

Das Vermögen ist : : : : :	12000	Rthlr.
Drey Quart des Ganzen betragen also : :	9000	:
Und ein Viertel : : : : : :	3000	:
A. soll an Vermächtnissen zahlen : : :	3500	:
B. soll bezahlen : : : : : :	2000	:
Und C. : : : : : : :	1500	:
Summe aller Vermächtnisse : :	7000	Rthlr.
Nach derer Abzug bleiben übrig :	5000	:

Die Summe der Vermächtnisse beträgt also keine drey Quart des Ganzen, und man könnte daraus schließen, daß in dem angegebenen Fall keine quarta Falcidia abgezogen werden könne. Allein das Falcidische Gesetz will, daß jeder Miterbe die Quart übrig behalten soll. Nun haben zwar B. und C. mehr als die Quart übrig. Denn

B. erbt : : : : : : :	4000
Seine Quart also, die ihm übrig bleiben muß, ist :	1000
Er soll aber an Legaten nur zahlen : : :	2000
Folglich behält er übrig : : : : :	2000

Und

C. erbt : : : : : : : :	4000
Die Quart, die ihm übrig bleiben muß, ist : :	1000
Er zahlt an Legaten nur : : : : :	1500
Behält also übrig : : : : : :	2500

Hingegen

A. erbt : : : : : : : :	4000
Die Quart, die ihm übrig bleiben sollte ist : :	1000
Er soll aber an Legaten zahlen : : : :	3500
Behält also nur übrig : : : : :	500

Folglich kann A. allerdings die Falcidische Quart seinen Legatarien abziehen (*2).

Wenn einem *legatario* oder *fideicommissario* Vermächtnisse auferlegt

sind, so kann er keine Falcidische Quart abziehen. Z. E. es heißt: A. soll mein Haus als ein Vermächtniß haben; und soll deswegen dem B. 3600 Rthlr. bezahlen. Der Werth des Hauses ist nur 4000; A. behält also, wenn er dem B. 3500 abgiebt, die Quart des Werths nicht übrig. Kann er die Falcidische Quart abziehen? Nein (*); denn diese Quart ist zu dem Ende eingeführt, damit die Testamente nicht destituirt werden mögen. Diese Wirkung aber erfolgt nur, wenn ein Erbe die Erbschaft, nicht, wenn ein Legatar das Vermächtniß repudiirt.

(1) Wie nach und nach das Falcidische Gesetz ausgedehnt worden ist, zeigt *Otto* ad pr. l. h. t. Falsch ist übrigens, wenn Heineccius sagt, Antonins Pius habe es auf die Intestaterben erstreckt. Dieß hatte schon der Prätor gethan L. 1. §. 2. D. h. t.

(2) L. 77. D. h. t. *Ioach. Becht. de Bernstorf* diss. de ratione legis Falcidiae in singulis heredibus maxime substitutis ponenda, Goett. 1754. Freylich tritt hier die Raison des Falcidischen Gesetzes nicht ein. Denn der mit Vermächtnissen beschwerte Miterbe mag immerhin repudiiren, das Testament geht darum nicht zu Grunde, wie *Voorda* de lege Falcidia cap. 5. §. 1. ganz richtig bemerkt. Was *Bernstorf* diss. cit. p. 25. dagegen sagt, hebt die Schwierigkeit nicht.

(*) L. 47. §. 1. D. h. t. vergl. L. 32. §. 4. ibid. und L. 1. §. 19. D. ad S. C. Treb.

§. 598. Wie wird sie berechnet?

Der Erbe soll die Quart vom Vermögen des Erblassers bekommen. 1) Will man dieses Vermögen bestimmen, so muß man auf die Zeit des Absterbens sehen; wie viel nemlich das Vermögen damals, als der Erblasser starb, betrug. Hat das Vermögen nachher zugenommen, so ist dieß kein Vortheil für die Legatare; sie leiden aber auch keinen Schaden, wenn das Vermögen abnimmt. Gewinn und Verlust trift hier also den Erben. Z. E.

Zu der Zeit des Absterbens ist das Vermögen :	12000 Rthlr.
Die sämmtlichen Legate betragen : : :	10000 :
Also der Erbe hat die Quart nicht frey, er kann den Legatarien abziehen : : :	1000 :

Nach des Erblassers Tode gewinnt ein von ihm gekauftes Lotterieloos 3000 Rthlr., der Erbe hat also mit diesem Gewinnst 5000 Rthlr. übrig. Kann er den Legaten noch die 1000 Rthlr. abziehen? Ja (*1). Man nehme hingegen an:

Das Vermögen ist : : : : :	12000 Rthlr.
Die legata betragen : : : : :	9000 :
Der Erbe hat also die Quart frey, mit :	3000 :

und kann den Legatarien nichts abziehen. Nun brennt ein zur Erbschaft gehöriges Wohnhaus ab, dessen Werth 2000 Rthlr. ist.

Das Vermögen ist also jetzt nur : : :	10000 Rthlr.
Die legata betragen : : : : :	9000 :
Dem Erben bleibt also die Quart nicht, sondern nur	1000 :

Kann er den Legatarien etwas abziehen? Nein er muß den Schaden tragen. 3) Ehe man die Falcidische Quart berechnen kann, muß man abziehen: a) sämmtliche Schulden des Erblassers (*2). Denn Vermögen eines Menschen heißt nur das, was er nach Abzug der Schulden hat (bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno). b) Die Leichenkosten. c) Den Werth der Sklaven, sowohl der eigenen des Erblassers, welche er im Testament freygelassen hat, als auch der fremden, welche der Erbe kaufen und freylassen soll. d) Die Unkosten, welche der Erbe bey Antretung der Erbschaft gehabt hat, z. E. die Kosten der Obsignation, des Inventars, der Taxation und dgl. Man nehme also an:

Der Erblasser hat hinterlassen	20400 Rthlr.
Seine Schulden betragen	7500
Die Leichenkosten	300
Kosten der Obsignation, des Inventars ꝛc.	600
Summa der abzuziehenden Posten	8400
Bleibt also wirkliches Vermögen	12000 Rthlr.

Von diesen 12000 Rthlrn. gebührt dem Erben die quarta Falcidia. 4) Wenn man dem Erben diese Quart berechnen will, so darf man ihm nur das ansetzen, was er als Erbe bekommt, nicht aber, was er unter einem andern Titel, z. E. als ein legatum erhält. A. und B. sind Erben, dem A. sind 2000 Rthlr. zum voraus vermacht. Das Vermögen besteht aus 10000 Rthlr. Rechnet man dem A. die prälegirten 2000 Rthlr. an,

so bekommt er als Erbe	4000
Das Prälegat mit	2000
In Summe	6000
Drey Quart davon machen	4500
Er soll an Legaten zahlen	4000
Behält also mehr als die Quart übrig,	

und kann folglich seinen Legatarien nichts abziehen. Allein die Gesetze (*3) wollen, daß man das Prälegat nicht ganz ansetze, sondern nur zum Theil, nemlich nur die 1000 Rthlr. die A. als Erbe bekommt, die er sich selbst auszahlt. Der andere Theil, oder die 1000 Rthlr, welche ihm sein Miterbe bezahlt, werden nicht angerechnet. (§. 558.) Man sagt also:

A. bekommt als Miterbe die Hälfte mit	4000
Von seinem Prälegat werden ihm angerechnet	1000
Summe	5000

Davon dodrans oder ¾ 375
Die Legate aber machen 4000
Folglich hat A. seine Quart nicht frey.

(1) Wenn daher auch die Erbschaft durch Früchte, durch Kinder, welche die Sklavinnen gebohren, oder einen Erwerb, welchen die Sklaven gemacht haben, reicher wird, so wird es dem Erben nicht angerechnet. §. 2. I. L. 30. L. 37. D. h. t.

(2) Auch das, was der Erblasser dem Erben schuldig war, L. 6. C. h. t. (VI. 37.) so wie auch im Gegensatz der Erbe was er selbst dem Verstorbenen schuldig war, mit zur Erbschaftsmasse rechnen muß. L. 1. §. 18. D. h. t. W.

(3) Cajus sagt in der L. 74. D. ad L. Falcid. Quod autem dicitur, si ex iudicio defuncti quartam habeat heres, solida praestanda esse legata, ita accipere debemus, si *hereditario iure* habeat; itaque quod quis legatorum nomine *a coherede* accepit, in quadrantem ei non imputabitur ad d. L. 30. §. 7. L. 44. D. h. t. Diesem ist auch nicht entgegen, was Marcian in der L. 91. ad L. Falcid. schreibt. Er sagt nemlich: in quartam hereditatis imputantur res, quas iure hereditario capit (dergleichen ist der Theil des Prälegates, den sich der Erbe selbst bezahlt), non quas iure legati (dahin gehört der andere Theil des Prälegates, welchen ihm der Miterbe giebt), vel fideicommissi, vel implendae conditionis causa accipit. Sed in fideicommissaria hereditate restituenda (aber auch bey Fideicommissen, will er sagen), sive legatum, sive fideicommissum datum sit heredi, sive praecipere vel deducere vel retinere iussus est, in quartam id ei imputabitur. Pro ea vero parte, quam accepit a coherede, extra quartam id est, quod a coherede accipitur. Der Theil, welchen der Erbe als Erbe bekommt, den er sich selbst bezahlt, wird ihm in die Trebellianische Quart angerechnet. Hingegen der Theil, welchen er von seinen Miterben bekommt, wird ihm nicht angerechnet, id quod a coherede accipitur, extra quartam est. Ich glaube also nicht, daß das *quod* a coherede accipitur, hier soviel heiße als *quia* a coherede accipitur. Daß Marcians Stelle übrigens von Vielen anders erklärt wird, ist mir nicht unbekannt. Das beste, was ich darüber gelesen habe, ist *Vallius* ad L. 91. in *Otton.* thesaur. Tom. I. 438. sqq. Man s. aber auch *Voorda* ad L. Falcid. cap. 10.

Eine Schwierigkeit bey Berechnung des Falcidischen Viertels zeigt sich, wenn einem blos der Nießbrauch oder die lebenslänglichen Alimente vermacht sind. Wie ist dieser Nießbrauch, wie sind die Alimente auszuschlagen, da man nicht weiß, wie lang der Legatar leben wird? Nach der L. 68. h. t. soll man darauf Rücksicht nehmen, wieviel Jahre er wahrscheinlich noch leben wird, und es werden Regeln angegeben, wie dieß zu bestimmen ist. Man s. über diese Stelle hauptsächlich *Schmelzer* commentat. de probabilitate vitae, eiusque usu forensi. Goett. 1788. 8.

§. 599. Wem wird sie abgezogen?

Die Falcidische Quart wird 1) den Legatarien abgezogen, und weil 2) die fideicommissa particularia oder singularia den legatis in allen Stücken gleichgesetzt worden sind, so müssen sich auch diese fideicommissarii die Quart abziehen lassen. 3) Auch die donatarii mortis causa leiden einen Abzug, die

donatarii inter vivos hingegen nicht. Wenn mir der Erblasser bey seinen Lebzeiten etwas unwiderruflich geschenkt hat, so kann mir der Erbe aus dem Grund, daß er die quartam nicht frey habe, nichts abfordern. Nur in dem einzigen Fall, wenn ein Ehegatte dem andern etwas unter den Lebendigen schenkt, und mit Tode abgeht, muß sich der beschenkte Ehegatte die Falcidische Quart abziehen lassen. Denn die Schenkungen unter den Ehegatten sind nicht eher gültig, als bis sie durch den Tod des Schenkenden bestätigt sind. Sie haben also eine Aehnlichkeit mit Vermächtnissen und Schenkungen von Todes wegen. Aus diesem Grunde hat man sie dem Falcidischen Gesetz, so gut wie diese, unterworfen. L. 12. C. h. t. L. 32. §. 1. D. de donat. inter vir. et uxor.

Vorzüglich aber ist noch zu bemerken, daß nach Justinians Verordnung (*1) der Erbe, welcher die Falcidische Quart abziehen will, bey Strafe des Verlustes derselben, über die Verlassenschaft ein inventarium errichten lassen muß.

(1) Nov. 1. cap. 2. — Diese Novelle gestattet aber auch dem Erblasser, daß er die Anwendung des falcidischen Gesetzes ganz verbieten darf, welches nach den ältern Rechten wenigstens geradezu nicht erlaubt war. Man s. z. B. L. 27. L. 64. D. ad leg. Falcid. vergl. L. 88. §. 2. ibid. Westphal von Vermächtnissen §. 1263. rc. Andere Ursachen, derentwegen die falcidische Quarte nicht Statt findet, werden theils vom Testator, L. 96. D. h. t. L. 56. §. fin. ibid. theils vom Erben L. 59. D. L. 9. C. ibid. theils von der Beschaffenheit des Vermächtnisses Nov. 131. c. 12. Auth. Similiter etc. C. h. t. L. 33. D. h. t. L. 36. pr. C. de inoff. testam. L. 28. §. 1. D. de legat 1. L. 81. §. 1. L. 1. §. 10. h. t. hergenommen. Westphal l. c. *Hofacker* princ. iur. civ. §. 1512. Die Gesetze unterwarfen zwar das legatum debiti und den zurückvermachten Brautschatz in sofern auch der Falcidia, als von dem Vortheil der frühern Zahlung (repraesentatio §. 564.) dabey die Rede ist. Darf aber auch der Erbe hier in Anrege bringen, was diese Vermächtnisse der Quantität nach mehr in sich begreifen, als der Testator wirklich schuldig war? *Breuning* Dissert. an quarta Falcid. loc. hab. in praeleg. dote, behauptet es. Ihm steht aber entgegen, daß der Erbe mit dem Beweise seiner Behauptung gegen das im Testament enthaltene Geständniß des Erblassers, welches er anerkennen muß, nicht füglich gehört werden kann W.

TIT. XXIII.

DE FIDEICOMMISSARIIS HEREDITATIBUS ET AD SCTUM TREBELLIANUM.

§. 600. 601. Ursprung der Geschichte der Fideicommisse.

Was ein Fideicommiß ist, und wie es sich von der heredis institutione directa, und dem Legat unterscheidet, habe ich oben (§. 552.) gezeigt.

Dort ist auch bemerkt, daß die fideicommissa entweder universalia, oder particularia sive singularia, und worin beyde unterschieden sind. Der gegenwärtige Titel handelt von den Universalfideicommissen (*).

Die Entstehungsart und die Geschichte der Fideicommisse ist folgende. Nicht wenige Personen waren 1) nach dem Römischen Recht unfähig, zu Erben ernannt, oder mit Legaten bedacht zu werden, und gar oft wollte man doch dergleichen Personen etwas in seinem letzten Willen zuwenden. Man denke nur an die Weibspersonen. Diese konnten nach dem Voconischen Gesetze schlechterdings nicht zu Erben eingesetzt werden. Gleichwohl mußte mancher Ehegatte, Verwandte, Freund wünschen, seine Wittwe, Verwandtin, Freundin einsetzen zu können. Man verfiel also darauf, daß man seinen Erben, und zwar, wenn man es nicht öffentlich wagen durfte, insgeheim bat, einer nicht erbfähigen Person die Erbschaft ganz oder zum Theil abzutreten. So waren ferner 2) manche Personen nicht befugt, Testamente zu machen, Erben einzusetzen und Legate zu verlassen. Auch für diese, wenn sie von ihrer Erbschaft einem etwas zuwenden wollten, war kein anderer Rath, als daß sie ihre Intestaterben baten, ihnen etwas abzugeben. Dazu kam 3) daß zuweilen die Ehrerbietung, die man seinem Erben schuldig war, nicht erlaubte, ihm etwas zu befehlen. Man bat ihn also. Endlich 4) konnte ein Erbe, wie wir oben (§. 491.) hörten, nicht auf gewisse Zeit oder nach einer gewissen Zeit eingesetzt werden. Man wollte aber doch zuweilen, daß der Erbe die Erbschaft nur eine gewisse Zeitlang, z. E. lebenslänglich behalten sollte. Hier war also wieder kein anderes Mittel, als daß man den Erben bat, die Erbschaft nach einer bestimmten Zeit abzutreten. Alle dergleichen an die Erben gerichtete Bitten hießen Fideicommisse. Es hing jedoch vom Erben ab, ob er diese Bitte nach des Erblassers Tod erfüllen wollte oder nicht.

Unter K. August erhielten aber die Fideicommisse eine verbindende Kraft; der Erbe mußte sie respectiren (*1). Nun wurde es aber auch Gesetz, daß Niemand etwas durch ein Fideicommiß erhalten konnte, der nicht erbfähig war.

Eben so wenig konnte Jemand ein Fideicommiß hinterlassen, der kein Testament zu machen befugt war (*2). Die Fideicommisse verlohren also ihren vorhin angeführten ersten und zweyten Nutzen, nur der dritte, und hauptsächlich der wichtige vierte blieb übrig. Von jetzt an wurden die Fideicommisse nicht mehr blos bittweise verordnet, man brauchte auch Worte, die wie ein Befehl lauteten. Indessen unterschieden sich die directen Erbeseinsetzungen von Fideicommissen noch immer sehr genau durch die Formeln. Jene konnten nur verbis directis, civilibus, diese nur inflexis, vulgaribus angeordnet werden (552.).

Als endlich auch der Unterschied dieser beyden Arten von Ausdrücken aufgehoben wurde, so blieb zum Unterscheidungszeichen directer Erbschaften und

Fideicommisse nur dieses, daß der directe Erbe die Erbschaft unmittelbar nach und von dem Erblasser, der Fideicommißerbe hingegen mittelbar, aus den Händen eines Andern erhält.

Demnach ist nun ein Universalfideicommiß eine Disposition, worin dem Erben auferlegt wird, die Erbschaft ganz oder zum Theil parte quota wieder einem andern Erben abzutreten. Also dieses Fideicommiß erfordert, 1) daß ich einen Erben habe, 2) daß ich demselben auflege, die Erbschaft ganz, oder zum Theil zu restituiren, und zwar 3) dergestalt, daß der, welchem sie restituirt wird, sie als Erbe, titulo universali, bekomme (§. 602.).

Sowohl der Unterschied 1) zwischen einem Universal- und einem Singularfideicommiß, als 2) der zwischen einem directen und einem Fideicommißerben ist wichtig und praktisch. Bey einem Universalfideicommiß ist der, welchem die Erbschaft ganz, oder zum Theil abgetreten werden soll, ein Erbe, *successor universalis* (§. 482. §. 552.) (vergl. jedoch §. 602. *). Hingegen bey dem Singularfideicommiß ist der, welcher es erhält, nur ein *successor singularis*, kein Erbe. Ein Erbe und ein successor singularis aber sind sehr von einander verschieden (§. 552.).

Die Rechte eines directen und eines Fideicommißerben weichen ebenfalls sehr von einander ab. 1) Der directe Erbe kann die vacante Erbschaft occupiren, der Fideicommißerbe der Regel nach nicht; er muß warten, bis sie der heres directus antritt, und ihm restituirt. Eine Ausnahme kommt §. 615 vor. 2) Der directe Erbe kann nur in einem Testament, der Fideicommißerbe hingegen auf dreyerley Art ernannt werden (§. 605.). 3) Der directe Erbe acquirirt die Erbschaft erst durch die Antretung, bey dem Fideicommißerben aber ist diese Handlung nicht nothwendig. Er transmittirt die Erbschaft auf seine Erben, wenn er gleich gestorben ist, ohne erklärt zu haben, daß er Fideicommißerbe seyn wolle (fideicommissum, licet nondum agnitum, ad heredes transmittitur.) (*[1]). Ein dingliches Recht auf die Erbschaft erwirbt er freylich nicht durch den bloßen Anfall des Fideicommisses, sondern nur ein Recht, den Fiduciar auf die Abtretung der Erbschaft mittelst einer Personalklage zu belangen (*[4]).

(*) E. C. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1550. rc. W.

(1) *Simon Petr. Gasser* (oder vielmehr des Respondenten *Frid. Wideburg*) Diss. de fideicommissorum et codicillorum origine, Hal. 1731. Eine weitläuftige Abhandlung, welche eine Menge Allotrien und von der Hauptsache wenig enthält. Der Verfasser stellt darin die Hypothese auf, daß August die Codicille und Fideicommisse bestätigt habe, um den alten republicanischen Freyheit einen heimlichen Dolchstich zu geben.

(2) *Heinecc.* ad L. Iul. et Pap. Popp. lib. 2. cap. 6. §. 1. p. m. 192. lib. 3. cap. 9. §. 7. pag. 440.

(3) L. 25. pr. L. 46. D. ad SCt. Trebell. L. 3. C. de fideicomm. *Struv.* ex. 36. th. 45. *Bachov.* ad *Treutl.* vol. 2. disp. 14. th. 8. lit. A. Am ausführlichsten zeigt dieß *Averan.* interpret. lib. 4. cap. 6. 7. 8. Anderer Meynung ist *Faber* de error. pragmat. dec. 31. error. 1. Bey den bedingten Fideicommissen fangen die Rechte des Fideicommissars erst mit Erfüllung der Bedingung an. L. un. §. 7. C. de cad. toll. (VI. 51.)

(4) Geigers und Glücks Rechtsfälle 1. B. 8. Fall. — vergl. L. 1. D. de fid. hered. pet. L. 63. D. ad S. C. Trebell. *Avgranius* l. c. Westphal von Vermächtnissen §. 1850. W.

§. 602. Personen bey den Fideicommissen.

Bey einem Fideicommiß kommen drey Personen vor: 1) Der, welcher seinem Erben auflegt, die Erbschaft ganz, oder zum Theil abzutreten. Dieser heißt fideicommittens. 2) Der, welcher zum Erben ernannt wird, und sie ganz oder zum Theil wieder abtreten soll. Er heißt *heres fiduciarius*, weil der fideicommittens das Vertrauen (fiduciam) zu ihm gehabt hat, daß er seine Disposition befolgen werde (* 1). Endlich 3) der, welchem die Erbschaft ganz, oder zum Theil abgetreten werden soll, und dieser wird *heres fideicommissarius* genannt (*).

Merkwürdig ist die Regel: heres fiduciarius manet heres etiam facta restitutione. Wenn ich gleich die mir zugefallene Erbschaft an einen fideicommissarischen Erben abgetreten habe, so bin ich doch noch Erbe; höre nicht auf Erbe zu seyn. Die Folgen dieser Regel werden sich §. 609. zeigen.

(1) Dieser Fiduciarerbe ist kein bloßer usufructuarius, sondern die Erbschaft ist bis auf die Zeit, da er sie herausgeben muß, sein eigen. L. 15. de aur. arg. leg. *Vinn.* ad pr. I. de usufr. n. 6.

(*) Dieser wird zwar gewöhnlich Erbe genannt, ihm auch eine Art der hereditatis petitio zugestanden (§. 707.), er bekommt den Nachlaß des Verstorbenen; die hereditas obiective sumta ganz oder zum Theil: darum ist er aber noch eben so wenig Erbe, als es der Käufer einer Erbschaft wird. In der That ist er nur loco heredis. Wirklicher und wahrer Erbe in vollem Sinne des Worts, ist und bleibt vielmehr immer der directe Erbe (fiduciarius), der aber in Beziehung auf die ihm auferlegte Restitution auch fideicommissarius genannt wird. L. 50. D. de indic. Nov. 108. c. 2. Derjenige, dem die Erbschaft als Fideicommiß restituirt wird, kann daher nicht wirklicher Erbe seyn. §. 3. h. t. L. 141. §. 1. D. de R. I. Die Gesetze selbst nennen ihn auch nie so; sie reden immer von dem cui hereditas restituitur, nicht vom heres fideicommissarius; sie sagen nur von ihm, daß er loco heredis sey. §. 3. 4. 5. I. h. t. und daß Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung des Nachlasses ihn tanquam heredem treffen, §. 6. I. h. t. Dies hat unter Andern schon *Ant. Faber* error. Pragm. XXVII. 5. gründlich dargethan. Neuerer Zeit ist die Sache von dem Verf. der Berichtigungen und Zusätze zu den Institut. pag. 89. und noch ausführlicher von Fetzer Vers. zur Bild. der R. R. Heilbronn 1802. pag. 69. in Anrege gebracht. Dieser hat auch besonders das praktische Interesse daran in folgenden Puncten dargestellt. 1) Das dem directen Erben zustehende ius accrescendi geht auf den fideicom-

missarius

missarius nicht über, wofern jener nicht gezwungen die Erbschaft angetreten hat. L. 43. D. ad SCtum Trebell. vergl. L. 78. §. 10. D. eod. *Ant. Faber* l. c. L. 4. *Cuiacius* obs. XII. 1. 2. *Vinnius* select. quaest. I. 55. Westphal von Vermächtn. § 1732 u. 1865. 2) Der fideicommissarische Nachfolger haftet den Gläubigern des Verstorbenen nicht an sich, schon als Repräsentant des Erblassers völlig wie der Erbe, der sich nur beneficio inventarii decken kann, sondern nur als Inhaber des Nachlasses, folglich nie weiter als in so fern dieser dazu hinreicht. 3) Der Vortheil und Nachtheil, wodurch sich der Erbe bey der Verjährung einer Sache von andern Successoren unterscheidet (§ 397.), kann eigentlich den fideicommissarischen Nachfolger nicht treffen, da dieser den Erblasser nicht im Allgemeinen vorstellt, folglich hier nur als successor singularis behandelt werden kann. W.

§. 673. Ausdrückliche und stillschweigende Fideicommisse.

Die Fideicommisse sind entweder **ausdrückliche** oder **stillschweigende** (*1). **Ausdrückliche** heissen, wenn der Testator mit deutlichen Worten seinem Erben auflegt, die Erbschaft ganz, oder zum Theil an einen Andern abzutreten (ut *restituat* hereditatem). **Stillschweigende**, wenn der Testator etwas verordnet, das eine Abtretung der Erbschaft implicite in sich faßt; z. E. wenn der Testator sagt: **ich seze den A. zu meinem Erben ein, ich will aber, daß er von der Erbschaft nichts veräussere, sondern sie seiner Familie hinterlasse.** Denn dieses Hinterlassen geschieht vermittelst der Abtretung (mediante restitutione). **Oder: ich seze den A. zum Erben ein, und will, daß er nicht eher ein Testament mache, als bis er Kinder gezeugt hat.** Denn dieß erklärt man so, als ob ich dem A. aufgegeben hätte im kinderlosen Fall die Erbschaft seinen nächsten Intestaterben zu hinterlassen. **Oder: ich ernenne den A. zu meinem Erben, und verordne, daß er den B. zu seinem Erben einseze.** Das heißt so viel als: ich will, daß A. meine Erbschaft lebenslang geniessen, bey seinem Absterben aber dem B. abtreten soll (*2).

(1) Bey den Römern bedeutet der Ausdruck fideicommissum tacitum etwas anders, als das, was hier ein stillschweigendes Fideicommiß genannt wird. „Jener Ausdruck wird bey den Alten durchaus nie von solchen weniger directen Formeln, von solchen Umschreibungen, sondern von etwas ganz anderm gebraucht. Die Worte waren oft sehr bestimmt und deutlich, und es war doch tacitum, wenn man die lex caducaria eludiren wollte, und deßwegen eine heimliche Abrede mit dem, welchem die Restitution aufgetragen wurde, traf. Zum Beweise, daß fideicommissum tacitum, nicht ein stillschweigendes, sondern ein heimliches Fideicommiß heißt, berufe ich mich auf Brisson, der beym Worte *tacitus* eine ganze Columne mit Citaten aus Juristen und Nichtjuristen anfüllt, es seyen solche, quae quis non capienti tacite rogatus est restituere." Hugo. Diese fideicommissa tacita wurden unter Vespasians Regierung durch das SC. Plancianum verboten. Daß die lex Julia und Papia Poppaea schon eine ausdrückliche Verordnung dagegen enthalten habe, ist unerweislich. *Bach* Traian. p. 50. sqq.

(2) Ein Beyspiel eines stillschweigenden Fideicommisses giebt Paulus in der L. Titia 87. §. 2. de legat. II. Man s. *Vinn* ad §. 6. I. de pup. substit. p. m. 380. Auch oben §. 518. not. 4. haben wir ein Beyspiel gehabt. Eine sehr streitige Frage ist, ob es als ein Fideicommiß anzusehen sey, wenn einer nur in conditione positus ist, wie man es ausdruckt. Es heißt z. E. ich setze den A. zu meinem Erben ein; wenn er aber ohne Kinder sterben wird, so soll die Erbschaft auf den B. zurückfallen. Hier sind die Kinder des A. in conditione positi. Es fragt sich also, ob sie eingesetzt, ob sie Fideicommißerben sind, dergestalt, daß A. nicht über die Erbschaft disponiren kann? Die Argumente beyder Partheyen findet man bey *Fachin.* controv. lib. 4 cap. 51. und bey *Harppreçht* diss. de tacita heredis institutione. Man s. auch *Reinharth* ad *Christin.* IV. 23. Wo nicht besondere Umstände vorliegen, aus welchen sich der Schluß ergiebt, daß die Kinder des A. nach der Absicht des Testirers Fideicommißerben seyn sollen, da läßt es sich nicht behaupten.

Ein bloßer Befehl, daß der Erbe oder Legatar eine Sache nicht veräussern solle (simplex praeceptum de non alienando), wenn nicht erhellet, zu wessen Vortheil dieser Befehl gegeben ist, ist kein Fideicommiß. L. 114. §. 14. de legat. I. L. 38. §. 3. et 7. L. de legat. III. *Schmuck* diss de alienatione rei hereditariae prohibita, quatenus tacitum fideicommissum inducat. Erlang. 1761.

§. 604. Regeln von den Fideicommissen.

1) In den ältern Zeiten war es, um ein Fideicommiß hinterlassen zu können, nicht nöthig, daß man testiren konnte, sondern gerade die Personen, welche keine Testamentifaction hatten, suchten sich durch Fideicommisse zu helfen. Allein die neuern Gesetze änderten dieß, und verordneten, daß niemand fideicommittiren sollte, der nicht testiren könne (*[1]). 2) Alle Arten von Erben können mit Fideicommissen beschwert werden, Testament- und Intestaterben; Civil- und Prätorische Erben; heredes directi und fideicommissarii, das heißt, ich kann meinem Erben A. befehlen, daß er die Erbschaft an den B. restituire, und dem B., daß er sie dem C. abtrete ꝛc. ꝛc. Justinian schränkt zwar in der 159. Novelle diese Fideicommisse bis auf vier Grade ein. Ich kann sagen: Erster Grad — A. soll mein Erbe seyn, und die Erbschaft dem B. restituiren. Zweyter Grad — B. dem C. Dritter Grad — C. dem D. Vierter Grad — D. dem E. Weiter kann ich nicht gehen; dem E. kann ich die Restitution der Erbschaft nicht befehlen. Allein diese Verordnung wird in Deutschland nicht beobachtet. Die Familienfideicommisse, die bey uns sehr frequent sind, dauern, so lang die Familie existirt. Wenn z. E. der Testator sagt: mein Landgut soll zu ewigen Zeiten als ein Fideicommiß bey meiner Familie bleiben, so behält das Gut die Fideicommißqualität, so lange jemand von der Familie vorhanden ist (*[2]). 3) Wer als directer Erbe eingesetzt werden kann, der kann auch fideicommissarischer Erbe seyn (*[3]). Nach dem alten Römischen Recht war dieß anders. Jemand konnte fideicommissarischer Erbe wer-

den, dem man directe nichts hinterlassen konnte; und eben in dem Fall, wenn man einen directe nicht einsetzen konnte, suchte man ihm die Erbschaft durch ein Fideicommiß zuzuwenden.

(1) Dieß wurde Rechtens, nachdem die Fideicommisse eine verbindende Kraft erhalten hatten (§. 608.). Indessen gab es doch Fälle, wo Jemand seines Zustandes wegen nicht testiren, und gleichwohl ein Fideicommiß machen konnte. L. 1. §. 1. et 5. D. de leg. 3.

(2) *Rittershus.* ad Nov. 159. n. 4. *Fachineus* lib. 4. cap. 10. *Struv.* ex. 38. th. 20. *Knipschild* de fideicommiss. famil. cap. 9. n. 104. sqq.

(3) Es gab aber auch von dieser Regel Ausnahmen. S. *Ulpian.* Tit. 25. §. 7.

§. 605. Fortsetzung.

Nicht nur meinem Testamentserben, wie ich vorhin (§. 604.) erinnert habe, kann ich auflegen, die Erbschaft zu restituiren, sondern auch den Intestaterben. Die Intestaterben müssen sich ein solches Fideicommiß gefallen lassen; da ich befugt bin noch mehr zu thun, nemlich sie ganz von meiner Erbschaft auszuschließen. Nur in Ansehung des Pflichttheils darf ich niemand mit einem Fideicommiß beschweren. Dieser muß den Personen, welchen er gebührt, ganz frey (sine ullo gravamine) hinterlassen werden (§. 473.). Uebrigens kann ein Fideicommiß auf dreyerley Art constituirt werden: 1) in einem Testament, 2) in Codicillen, 3) durch einen mündlichen Befehl an den directen Erben. Wenn nemlich mein Erbe bey mir ist, und ich ihm mündlich auflege, die Erbschaft ganz, oder zum Theil zu restituiren; so ist dieses Fideicommiß gültig; gesetzt auch, daß gar keine Zeugen dabey zugegen waren. Dieß ist in der berühmten L. ult. Cod. de fideicommiss. (VI. 42.) vergl. §. ult I. h. t. von Justinian verordnet worden (*1). Es ist auch nicht nöthig, wie einige Juristen glauben, daß der Erbe dem Testator verspricht, das Fideicommiß zu prästiren, genug, daß es ihm der Erblasser gesagt hat (*2).

(1) Ferd. Christoph Harpprecht hat dieses Gesetz in einer eigenen Abhandlung erläutert, die in seinen tractatibus academicis de successionibus vol. 1. num. 1. und in seinen dissert. academ. vol. 2. num. 51. steht. Ich merke bey dieser Gelegenheit an, daß zwar alle Abhandlungen, welche in den tractatibus academ. de successionibus (Vlm. 1715. 2. Voll. in 4.) stehen, auch in die Sammlung der Dissertationen (Tübingen 1737. 2 Voll. groß 4.) aufgenommen sind; daß aber doch die rechtlichen Gutachten, welche jeder Abhandlung in den tractat. academ. beygefügt sind, in der Dissertationensammlung fehlen.

(2) *Harpprecht* l. c. n. 696. sqq. *Pufendorf* tom. 4. obs. 112. *Müller* ad *Leyser* obs. 626. — Daß übrigens außer der in den angeführten Gesetzstellen bemerkten Eidesdelation auch andere Beweismittel Statt finden, leidet gar kein Bedenken. *Wernher* p. III. obs. 2. *Pufendorf* animadv. iur. n. 85. W.

§. 606. Fortsetzung.

Ein Fideicommiß kann unbedingt, bedingungsweise und von einer gewissen Zeit an hinterlassen werden. Unbedingt: A. soll mein Erbe seyn,

aber sogleich die halbe Erbschaft an den B restituiren. Bedingungsweise: A. soll mein Erbe seyn, wenn er aber keine ehelichen Leibeserben hinterläßt, so soll die Erbschaft an B. fallen. Von einer gewissen Zeit an: A. soll mich erben, aber die Erbschaft nur lebenslang besitzen und genießen. Nach seinem Absterben soll sie an den B. fallen. Eine *directa* heredis institutio ex certo die und in diem certum war nicht erlaubt, wie wir oben (§. 491.) gesehen haben.

§. 607. Die Fideicommisse verpflichteten den Erben anfangs nicht.

Die Fideicommisse wurden bittweise und in Fällen verordnet, wo man nicht befehlen durfte. Es hing daher von des Erben Höflichkeit und Gefälligkeit ab, ob er nach des Erblassers Tode dessen Bitte erfüllen wollte, oder nicht (solo pudore ad praestandum fideicommissum adstringebatur). Eben daher kommen auch die Namen heres fiduciarius und fideicommissum. Man setzte das Vertrauen auf den Erben, daß er höflich und uneigennützig genug seyn werde, dereinst die an ihn gethane Bitte zu respectiren.

§. 608. Erhielten aber unter August verpflichtende Kraft.

Indessen waren manche Erben so höflich und gefällig nicht; man hatte Exempel, daß Erben die Fideicommisse prästirten; aber es gab auch Beyspiele vom Gegentheil (fideicommissa fluctuabant inter exempla probitatis et perfidiae). Unter K. August erhielten zuerst die Fideicommisse eine vollkommen verbindliche Kraft (*1). K. Claudius bestellte zwey besondere Prätoren, welche die Fideicommißprocesse entscheiden sollten, und daher praetores fideicommissarii genannt wurden. K. Titus aber glaubte, daß Ein solcher Präter hinreichend sey, und ließ den zweyten eingehen.

(1) Justinian giebt davon §. 1. h. t. folgende Nachricht. Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse, quia nemo invitus cogebatur, praestare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hereditatem vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant. Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea D. Augustus simul iterumque gratia personarum motus (es ereigneten sich Fälle, wo August den Fideicommißerben geneigt war), vel quia pro ipsius salutem rogatus quis diceretur (die Testatoren beschworen den Erben bey dem Wohl Augusts, ihre Bitte zu erfüllen), aut ob insignem quorundam perfidiam (z. E. Erben, welchen eine reiche Erbschaft zufiel, weigerten sich das Fideicommiß einem armen würdigen Fideicommissar zu leisten), iussit consulibus auctoritatem suam interponere (er griff auf gut despotisch durch). Quod, quia iustum videbatur et populare erat (es gefiel dem Volk), conversum est in assiduam iurisdictionem (wurde zur allgemeinen Gewohnheit). Die Stelle ist merkwürdig, weil man sonst nirgends etwas von dieser Geschichte der Fideicommisse findet.

§. 609. Der Fiduciarius mußte die Erbschulden bezahlen.

Ein heres fiduciarius bleibt Erbe, wenn er auch die Erbschaft restituirt hat (§. 602.). Er muß daher alle Schulden bezahlen. Bey diesen Umständen aber kann es sich nicht allein zutragen, daß er gar keinen Vortheil von der Erbschaft hat, weil er sie ganz restituiren muß, sondern daß er auch Schaden leidet, wenn er Schulden bezahlen, und doch die Erbschaft gar nicht, oder nur kurze Zeit im Genusse behalten soll. Daher geschah es oft, daß die Fiduciar-Erben die Erbschaft ausschlugen, und die Testamente destituirt wurden.

§. 610. Vom SCto Trebelliano.

Dieser Unbequemlichkeit abzuhelfen, verordnete der Römische Rath unter K. Nero, daß ein Fiduciar-Erbe, wenn er die Erbschaft restituirt habe, den Gläubigern nicht mehr verhaftet seyn, sondern, daß sich diese an den Fideicommiß-Erben halten sollten. Der Fiduciar-Erbe bleibt zwar noch immer Erbe, auch nachdem er die ganze Erbschaft abgetreten hat. Allein er ist es doch nur dem Namen nach, nudum nomen heredis retinet, der Fideicommissar-Erbe ist *loco heredis*, wie §. 3. I. h. t. sagt (*1). Die *actiones hereditariae*, wie die Gesetze sagen, gehen auf den Fideicommissar über. Hat der Fiduciarius nur einen Theil der Erbschaft zu restituiren, so bezahlt er auch einen Theil der Schulden. Die actiones hereditariae gehen nur *pro rata* auf den Fideicommissar über. Diese Verordnung heißt SCt Trebellianum. Die Gläubiger konnten daher zwar noch gegen den fiduciarium klagen, wenn er gleich die ganze Erbschaft abgetreten hatte; er konnte sich aber mit der exceptione SCti Trebelliani schützen.

(1) Restituta hereditate omnes actiones, quae heredi et in heredem competunt, ei et in eum dantur, cui ex fideicommisso restituta est hereditas. Post quod SCtum Praetor utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit. §. 4. h. t. — (vergl. jedoch §. 602. *).

§ 611. Vom Pegasiano.

Nun war also der fiduciarius gegen allen besorglichen Schaden gesichert. Allein es konnte doch noch immer geschehen, daß er keinen Vortheil von der Erbschaft hatte, wenn er sie nemlich sogleich und ganz herausgeben mußte. Daher repudiirten noch immer viele Fiduciar-Erben die ihnen angefallene Erbschaften, und die Absicht des Gesetzgebers wurde nicht erreicht. Dieses bewog den Senat unter K. Vespasian, ein zweytes Gesetz zu machen, das SCt. Pegasianum. Es verordnete, daß a) ein Fiduciar-Erbe nie mehr, als drey Quart von der Erbschaft restituiren sollte; b) und wenn ihm auch mehr zu restituiren auferlegt würde: so sollte er doch befugt seyn, eine Quart zurück zu behalten (*1). Gesetzt aber c) daß er dieses Vortheils ungeachtet repudiiren wollte, weil er etwa die Erbschaft dem Fideicommiß-Erben nicht gönnte, so solle er ge-

zwungen werden, die Erbschaft anzutreten (*²), und sie ganz, ohne allen Abzug zu restituiren.

(1) Diese Quart heißt quarta Falcidia. Denn das SCt. Pegasianum hatte eigentlich nur das Falcidische Gesetz auf die Fideicommisse ausgedehnt. *Contius* lib. 2. lect. cap. 4. in opp. p. 81. et lib. 1. cap. 3. disp. pag. 139. — Die Ursachen, welche den Verlust jener Quart bey Vermächtnissen nach sich ziehen (§. 599.), haben auch gleiche Wirkung, wenn sie bey Universalfideicommissen vorkommen. *Vinnius* ad §. 7. I. h. t. n. 2. und in select. Quaest. 11. 28. Doch sind hier die Rechtsgelehrten, besonders was die unterlassene Fertigung eines Inventarii anbetrifft, noch streitig. *Hofacker* princ iur. civ. §. 1541. W. — Wenn der Erbe die Erbschaft vermöge des Scti Pegasiani zu ¾ restituirt hatte, so war der Fideicommissar als legatarius anzusehen. §. 3. h. t. ibiq. *Vinn.*

(2) Oder richtiger: die Erbschaft wurde in contumaciam für angetreten gehalten. *Vinn.* ad §. 6. h. t. n. 3.

§. 612. Fortsetzung.

Wenn also ein Erbe die Quart frey hatte, es war ihm z. E. nur aufgegeben, die Hälfte, ein Drittel der Erbschaft zu restituiren: so gab er heraus, was er herausgeben sollte, und bezahlte, vermöge des SCt. Trebelliani, die Schulden pro rata. Z. E. wenn er ein Drittel der Erbschaft abgetreten, und zwey Drittel behalten hatte: so zahlte er auch zwey Drittel an den Schulden, und der Fideicommissarius ein Drittel. Wenn hingegen ein Erbe die Quart nicht frey hatte, so zog er sie vermöge des SCti Pegasiani ab, und machte einen Vertrag mit dem Fideicommissarius, daß dieser die Schulden zu drey Quart übernehmen wolle. Dieser Vertrag war nichts anders, als die stipulationes partis et pro parte, welche zwischen dem Erben und dem legatario partiario eingegangen wurden (§. 568), und war deswegen nöthig, weil in dem Fall, wo die Erbschaft ex SCto Pegasiano restituirt wurde, die actiones hereditariae nicht mit übergingen. Die Gläubiger konnten immer noch den Fiduciar-Erben belangen, und er mußte sie bezahlen. Vermöge jener Verträge nahm er aber seinen Regreß an den Fideicommissar-Erben (*¹).

(1) *Vinnius* ad §. 5. et 7. h. t. hat dieses vortrefflich erläutert. Man s. auch *Brenkmann* de eurematicis, cap. 11.

§ 613. Justinians Verordnungen.

Justinian bestätigte diese Senatusconsulta, doch mit einer gewissen Modification (*¹). Er verordnete, 1) daß jeder Erbe, dem die Abtretung der ganzen Erbschaft oder eines Theiles auferlegt ist, befugt seyn solle, die Quart zurückzubehalten. 2) Daß wenn er freywillig die ganze Erbschaft abtrete, alle actiones hereditariae auf den Fideicommißerben übergehen sollten. 3) Wenn er hingegen nur einen Theil abtritt, z. E. wenn er nur die Hälfte nach dem Testament abzutreten angewiesen ist, oder wenn er vermöge des Gesetzes die Quart zurückbehielt, auch die actiones hereditariae pro rata übergehen sollen: also

im ersten Falle zahlt der Fiduciarius die Schulden zur Hälfte, im zweyten zu einem Viertel. 4) Die Stipulationes partis et pro parte sind daher ganz unnöthig. 5) Wenn der Fiduciar-Erbe sich weigert die Erbschaft anzutreten, soll er dazu gezwungen werden, und nun muß er sie ohne Abzug abtreten; auch gehen alle actiones hereditariae über (vergl. §. 611) (*). Alle diese Vorschriften sollen als Verordnungen des SCti Trebelliani angesehen werden.

(1) Seine Verordnung ist verlohren gegangen. Wir wissen den Inhalt nur aus dem §. 7. I. h. t.

(*) Von den rechtlichen Folgen, welche nach dieser gerichtlich erkannten Antretung der Erbschaft, wodurch das ganze Testament aufrecht erhalten wird, L. 14. §. 5. D. ad SC. Trebell. handelt ausführlich Westphal von Vermächtnissen, §. 1724 ꝛc. Wie aber, wenn der Fiduciarius vor Abtretung der Erbschaft verstorben seyn sollte? Hier findet, wenn er die Erbschaft schon angetreten, oder auf seine Erben transmittirt hätte, gegen diese eben die Klage Statt, womit der Verstorbene hätte belangt werden können. Hinterläßt er keine Erben, so wird die von ihm angetretene Erbschaft ipso iure als abgetreten angenommen. L. 7. §. 1. C. ad SCtum Trebell. (VI. 49.) Stirbt er vor Antretung der Erbschaft, und ohne deren Transmission (§. 546.), so fällt das Testament als destitutum, mithin auch das Fideicommiß übern Haufen, ausgenommen 1) das privilegirte Testament eines Soldaten, L. 13. fin. D. de testam. milit. 2) wenn clausula codicillaris beygefügt worden ist (§. 627.). Hier können die Intestaterben belangt werden. L. 14. C. de fideicomm. (VI. 42.). Westphal von Vermächtnissen, §. 1589. 3) Wenn der directe Erbe entweder a) bey Lebzeiten des Testators, jedoch ohne daß dieser es erfahren hätte, oder b) nach dem Tode des Testators gestorben seyn sollte; in welchen Fällen auch das Testament eines pagani zum Besten des Fideicommisses aufrecht erhalten wird. W.

§. 614. Berechnung der Trebellianischen Quart.

Der Fiduciarius kann also, sobald er mehr, als drey Viertel der Erbschaft restituiren soll, einen Abzug machen; kann den vierten Theil zurück behalten. Dieses Viertel heißt bey den Römischen Juristen Falcidia, wie ich vorhin schon bemerkt habe (§. 611.); die Neueren hingegen nennen es Trebellianicam. Auch wenn der Fiduciar-Erbe aus Irrthum geglaubt hat, diese quarta sey ihm frey, und mehr als drey Quart restituirt hat, so kann er das zuviel abgetretene zurück fordern. Z. E. der Fiduciar-Erbe glaubt, die Erbmasse sey 12000 Rthlr stark, er restituirt also 9000. Nun zeigt sich, daß die Erbmasse nur 10000 Rthlr. stark ist, daß er also zu viel restituirt habe. Dieses Ueberzahlte kann er zurück fordern. In die Trebellianische Quart wird übrigens alles angerechnet, was der Fiduciar-Erbe vom Testator erhalten hat, Legate, donationes mortis causa u. d. gl. (*'). Auch die von der Erbschaft nach deren Antretung genossenen Früchte muß er sich zu drey Quart anrechnen lassen. Wenn nemlich der Fiduciar-Erbe die Erbschaft nicht sogleich, sondern erst nach einiger Zeit restituiret, und die genossenen Früchte die Trebellianicam

ausmachen oder übersteigen, so kann er nichts abziehen; doch werden ihm nur die Früchte angerechnet, welche er von drey Vierteln der Erbschaft gezogen hat, oder welches einerley ist, man rechnet ihm ¾ der gezogenen Früchte an, ¼ derselben wird ihm nicht angesetzt (*2). Z. E.

Die Erbmasse ist : : : :	12000 Rthlr.
Also quarta Trebellianica : : :	3000 :
Die genossenen Früchte machen aus :	6000 :
Also drey Quart derselben : : :	4500 :

Da diese drey Quart mehr, als die Trebellianica betragen: so kann der Fiduciarius nichts abziehen, sondern muß die ganze Erbmasse mit 12000 Rthlr. restituiren. Man nehme hingegen an

Die Erbmasse sey : : : : :	12000 Rthlr.
Die quarta Trebellianica : : :	3000 :
Die genossenen Früchte betragen nur : :	2000 :
Also drey Quart davon : : : :	1500 :

Jetzt kann der Erbe noch 1500 Rthlr. von der Erbmasse abziehen, um die quartam Trebellianicam mit 3000 Rthlrn. übrig zu behalten.

Die Anmerkung sagt: nur der directe Erbe, wenn er die Erbschaft restituiren soll, ist befugt, die quartam Trebellianicam abzuziehen. Wenn der fideicommissarius die Erbschaft auch wieder restituiren soll, so kann er nichts abziehen. Z. E. es heißt: — „A. soll mein Erbe seyn, und die Erbschaft lebenslang genießen. Nach dessen Tode soll sie an B. fallen; auch dieser soll sie lebenslang behalten und genießen. Nach seinem Tode aber soll sie C. haben." — In diesem Fall zieht zwar A. die Quart ab; B. hingegen muß alles, was er bekommt, ohne Abzug an den C. restituiren. Die Ursache ist leicht einzusehen. Die Trebellianica ist eingeführt, damit die Testamente nicht destituirt werden sollen. Diese Wirkung kann erfolgen, wenn der directe Erbe A. repudiirt, aber nicht, wenn der Fideicommissar B. die Erbschaft ausschlägt. Daher hat man, nur um den A. zu bewegen, daß er nicht repudiire, ihm den Abzug der Quart verstattet; dem B. aber dergleichen zu erlauben, dazu war kein Grund vorhanden (*).

(1) Diese Meynung ist in der Praxis angenommen, ob sie gleich den Römischen Gesetzen zuwider ist; wie *Cuiac.* ad *Papinian.* respons. lib. 2. p. m. 82. *Vallius* ad L. 91. D. ad L. Falcid. in thesaur. Ott. tom. 1. p. 437 sqq. *Ulr. Obrecht* diss. ad L. 86. D. eod. in opusc. num. 4. *Bach* in opusc. p. 456 sqq. und Andere gesagt haben. Denn die heutigestags sogenannte Trebellianische Quart ist nichts anders, als die Falcidische auf die Universalfideicommisse angewendet. Die in der Praxis angenommene Meynung suchte neuerlich zu vertheidigen *Cramer* in Vespas. p. 113. Die Stellen, woraus das Gegentheil erhellet, daß nemlich in die Trebellianische Quart nur das angerechnet wird, was der Erbe als Erbe erhält, sind L. 86. et 91. ad L. Falcid. L. 24. C famil. hercisc.

herciſc. Die L. 91. habe ich oben §. 598. erklärt, den Sinn der L. 86. und 18. will ich hier zeigen. L. 86. ad Falcid. (welche Stelle *Faber* coniect. lib. 6. cap. 4. für eine der schwersten im Römischen Gesetzbuche hält) enthält folgenden Fall. Titia setzt ihren Bruder Titius auf $\frac{4}{12}$, die Secunda auf $\frac{4}{12}$, und die Procula auf $\frac{4}{12}$ zu Erben ein; Titius aber soll $\frac{3}{12}$ von seiner Erbportion an die Secunda und Procula restituiren; dagegen sind ihr einige Landgüter prälegiret. Nun entstehen die Fragen: 1) ist Titius schuldig, etwas von den prälegirten Landgütern in Natur an die Secunda und Procula herauszugeben? 2) Wird ihm, wenn er sie ganz behält, deren Werth oder ein Theil davon in die Trebellianische Quart angerechnet? Die erste Frage beantwortet Julian mit Nein. Der Grund ist wohl der, weil die Testatricin dadurch, daß sie die Landgüter ihrem Bruder prälegirte, deutlich genug zu erkennen gegeben hat, sie wolle, daß er sie behalten, und nicht an die beyden Miterben restituiren solle. Ich suche also den Entscheidungsgrund nicht, wie *Iensius* strictur. p. 259. (edit. de ann. 1757.) darin, weil die Güter nicht wohl getheilt werden konnten, noch weniger in der nahen Verwandtschaft der Testatricin mit dem Titius, wie *Voorda* interpret. p. 117. thut. Bey der zweyten Frage muß man wieder die Regeln vor Augen haben: Von dem Prälegat bekommt der Erbe den einen Theil als Erbe, und den andern als Legat; ferner: was der Erbe, als Erbe, bekommt, wird ihm in die Trebellianische Quart angerechnet. Da nun Titius auf $\frac{4}{12}$ eingesetzt, und ihm aufgegeben ist, $\frac{3}{12}$ herauszugeben, so ist er im Grunde nur auf $\frac{1}{12}$ eingesetzt; hat also auch von den Gütern nur $\frac{1}{12}$ als Erbe, und daher wird ihm auch nicht mehr als $\frac{1}{12}$ in die Quart angerechnet. Dieß halte ich mit *Vall.* l. c. p. 446. für den wahren Grund, warum sich Titius $\frac{1}{12}$, nicht mehr und nicht weniger, anrechnen lassen muß. Was *Voorda* l. c. p. 119. dagegen einwendet, ist unbedeutend, und seine eigene Erklärung hat gar keinen Sinn.

Gesetzt aber, fährt Julian fort, Titius wäre auf $\frac{4}{12}$ eingesetzt, und ihm aufgegeben, nicht blos $\frac{3}{12}$, sondern überhaupt die Erbschaft zu restituiren. Jetzt hätte er zwar auch die Quart abziehen können, allein vermöge der Disposition der Gesetze, nicht vermöge der Erklärung der Testatricin (contra sententiam matris familias). Und jetzt hätte er sich $\frac{4}{12}$ der Güter in die Quart müssen anrechnen lassen; denn da er der Erbe auf $\frac{4}{12}$ oder $\frac{1}{3}$ ist, so bekommt er auch $\frac{1}{3}$ von den Gütern als Erbe.

Von der L. 24. C. sagt Cujaz (ad *Papinian.* resp. lib. 6. Opp. edit. *Guerin.* et *Colombet.* p. 227.); Omnium, quae sunt in codice, longe difficillima, omnium quae sunt in iure, pro sua brevitate opulentissima iuris. Filium, heißt es, quem habentem fundum portionem hereditatis fratribus et quibusdam aliis sub conditione verbis precariis restituere sanxit testator. Post ejus eventum hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta, compensato praeterea quod a coheredibus vice mutua percepit, et si quid deest, in supplementum deducto, quod a caeteris in eo fundo solvitur, supra quartam habens, reddere compellitur. Die vielen verschiedenen Erklärungen dieser Stelle hat *Quir. Gottl. Schacher.* diss. de rescript. *Diocl.* et *Max.* in L. 24. C. famil. herc. Lips. 1770. gesammelt. Er nimmt folgende an. Ein Erblasser setzt seine Söhne A. B. und C. zu Erben ein. Dem Sohn A. vermacht er zum voraus ein Gut, worauf Schulden haften, und verordnet, daß dieser Sohn

seine Erbportion an die beyden andern Söhne B. und C., deßgleichen an zwey fremde Erben, den Titius und Cajus, restituiren soll; doch nur unter der Bedingung, wenn sie die auf dem Gute haftenden Schulden bezahlen. Er stirbt; die Söhne B. und C. und die beyden andern Erben, Titius und Cajus, erfüllen die Bedingung; der Sohn A. muß also sein Erbtheil herausgeben, und die Frage ist, was wird ihm in die Trebellianische Quart angerechnet? Das Gesetz sagt: 1) der Theil des Gutes, welchen er als Erbe hat (hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta); 2) das, was ihm seine Miterben B. und C. an Schulden des Landgutes bezahlt haben (compensato praeterea, quod a heredibus vice mutua percepit). Macht das alles noch nicht soviel als die Quart aus, so zieht er das ihm fehlende ab (si quid deest, in supplementum deducit). Was die übrigen, Titius und Cajus, welche keine coheredes, sondern nur Fideicommißerben sind, an Schulden des Gutes bezahlt haben (quod a caeteris in eo fundo solvitur), wird ihm nicht angerechnet (supra quartam habens).

(2) *Ludewig* diss. de Trebellianica exule in fideicommiss. fructuar. cap 3. §. 4. *G. L. Boehmer* diss de legatis ex fideicommisso praestandis, §. 5. in elect. iur. civ. vol. 1. p. 226. Bey Kindern des ersten Grades ist eine Ausnahme; diesen werden die Früchte nicht angerechnet: wenn Vater oder Mutter einem Kinde auflegen, die Erbschaft a) seinen Geschwistern, oder b) seinen Descendenten zu restituiren. L. 6. C. ad SC. Trebell. Diese Verordnung ist aber, als ein correctorisches Gesetz, nicht auf andere Personen, also nicht auf die Enkel auszudehnen. *Voorda* interpret. et emend. lib. 3. cap. 2. p. 233 sqq. *Harpprecht* diss. de iure deducendi duas quartas, n. 1035 sqq. *Wernher* Part. 4. obs. 7. n. 51. sqq. wiewohl viele Juristen das Gegentheil behaupten.

(*) Der Fideicommissär kann 1) iure *proprio* aus den angeführten Gründen keine Quart abziehen, selbst nicht die Falcidia in Ansehung der ihm auferlegten Vermächtnisse; denn auch er gilt hier als legatarius, L. 63. §. 11. D. ad SC. Trebell.; wohl aber kann er es bisweilen 2) iure et nomine fiduciarii. Man sehe L. 1. §. 19. L. 22. §. ult. L. 55. §. 2. D. eod. L. 73 §. 5. D. ad L. Falcid. Die trebellianica bey Universalfideicommissen fällt immer ganz weg, wenn der Fiduciar zur Antretung gezwungen wird. W.

§. 615. Wer bezahlt die Erbschaftsschulden? Wie, wenn der Fiduciarerbe nicht antreten will?

Nach Justinians Gesetz sind 1) die Activ- und Passivschulden ipso iure zwischen dem Fiduciarius und Fideicommissarius vertheilt, so, daß keine Verträge darüber mehr nöthig sind. Der Fiduciarius bezahlt, wenn er drey Quart restituirt, nur ein Viertel der Schulden, die drey andern Viertel fallen auf den Fideicommissarius (*). Auch die Vermächtnisse werden vom fiduciario und fideicommissario pro rata bezahlt (*¹). Nur muß jenem die quarta frey bleiben. Also wenn der Fiduciarius nicht mehr als das ihm gebührende eine Viertel behält, so bezahlt er keine Vermächtnisse. Wenn er hingegen mehr behält, so muß er an den Vermächtnissen mitbezahlen, z. B.

Der Fiduciarius behält ausser seiner Quart noch 2000 Rthlr.
Der Fideicommissarius erbt : : : : 4000 :

Hier bezahlt der Fiduciar an den Vermächtnissen 1/3, und der Fideicommissar 2/3 (*2).

Wenn der Fiduciar-Erbe nicht antreten will: so kann er dazu gezwungen werden. Indessen ist dieß nach der Nov. 1. nicht einmal nöthig. Denn wenn sich der Fiduciar-Erbe weigert, anzutreten, so kann es der Fideicommissar selbst und unmittelbar thun (*3).

(*) Gesetzt auch, der Fiduciar war Gläubiger oder Schuldner des Verstorbenen, so werden doch, der angetretenen Erbschaft ungeachtet, diese Schuldforderungen der Regel nach durch die Confusion (§. 981.) nicht für aufgehoben angesehen, sondern können nach eben dem Verhältnisse, wie andere Forderungen, gegenseitig geltend gemacht werden. Argum. L. 73. §. 1. L. 80. D. ad SC. Trebell. *Hugo Donell.* comment. iur. civ. VII. 28. Westphal von Vermächtn. §. 1675. W.

(1) L. 2. C. ad SCt. Trebell. *G. L. Boehmer* l. c. §. 3. p. 221.

(2) Wenn der Testirer nicht verordnet hat, daß der Fiduciar auch von seiner Quart Legate bezahlen soll. — Dieß kann der Testator unstreitig, da er den Fiduciar durch den vierten Theil, dessen Abzug er ihm verbieten konnte, Nov. 1. c. 2. allerdings honorirt hat, folglich ihn auch dafür wieder belästigen kann. Ueberhaupt ist vor allen Dingen 1) darauf Rücksicht zu nehmen, ob der Testator einem von beyden das Vermächtniß besonders auferlegt hat; dann muß dieser auch haften. 2) Sonst kann vor geschehener Abtretung der Erbschaft der Fiduciar auch allein belangt werden; er bringt es dem Fideicommissar in Rechnung, L. 27 §. 7. D. ad SC. Trebell. 3) Hat der Fiduciar iure heredis mehr als den vierten Theil, so trägt er dafür zu den Vermächtnissen bey. L. 1. §. penult. D. ibid. 4) Der vierte Theil ist von diesem Beytrag frey, unläugbar wenn er ihn titulo singulari als Prälegat erhalten hat. L. 1. §. ult. D. eod. §. 9. I. h. t. Aber auch wenn er sie iure hereditario hat, da er sie ja selbst gegen die Legatarien frey haben soll. L. 3. eod. §. 9. I. h. t. *Vinnius* ad Inst. §. 7. n. 6. W.

(3) Wenn der Fiduciar-Erbe die ganze Erbschaft bis auf eine gewisse Sache oder eine gewisse Summe restituiren soll, und wirklich restituirt hat, so ist er als ein Legatar anzusehen, und bezahlt keine Schulden. Will hingegen der Fideicommissar die Erbschaft nicht annehmen, so ist der Fiduciar wirklicher Erbe. §. 9 I. h. t. ibid. *Vinn.* — Die angeführte Novelle 1. c. 1., woraus auch Auth. *Hoc amplius etc.* C. de fideicomm. genommen ist, kann übrigens nicht füglich anders als von dem Falle erklärt werden, da ein Erbe, oder anderer honoratus, nach bereits angetretener Erbschaft, oder sonst anerkanntem letzten Willen, die Erfüllung desselben, ungeachtet er gerichtlich dazu aufgefordert worden, dennoch ein ganzes Jahr hindurch verzögert hat; vergl. Praefat. cit. nov. §. 1. verb. improbe bona appetunt, eaque accipiunt, nec iussa exsequuntur. Schmidt Lehrb. von gerichtl. Klagen und Einred. §. 683. a. und das. angef. DD. *Lauterbach* de testam. destituto. Das Gegentheil vertheidigt *Pagenstecher* Irner. coit. XXI. W.

TIT. XXIV.
DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS.

§. 616. 617. Das fideicommissum singulare ist den legatis gleich gemacht.

Was fideicommissum singulare oder particulare sey, und wie es sich vom universali unterscheide, habe ich schon bey dem 552. und 661. §. gezeigt. Wir haben auch schon im Titel de legatis §. 555. gehört, daß die legata und fideicommissa singularia von Justinian in allen Stücken einander gleich gemacht worden sind. Der einzige Unterschied ist geblieben: wenn ich einem Sklaven die Freyheit *directe* als ein *legatum* hinterlasse, das heißt, wenn ich selbst den Sklaven im Testament für frey erkläre, so ist der Sklav dem Erben keine iura patronatus schuldig, und heißt libertus *orcinus* (*1). Wenn ich hingegen dem Sklaven die Freyheit durch ein Fideicommiß gebe, das ist, wenn ich meinem Erben aufgebe, den Sklaven frey zu lassen: so ist der Erbe Patron, und hat über den Freygelassenen die Patronatsrechte, zum wenigsten einige. Viele (*2, suchen auch noch darin einen zweyten Unterschied der Legate und Fideicommisse: Legate, sagen sie, kann man einem nur im Testament und in Codicillen hinterlassen; hingegen Fideicommisse können auch ohne Zeugen bei dem Erben mündlich verordnet werden. Allein, da Justinian Legate und Fideicommisse einander in allen Stücken gleich gesetzt hat; auch die in dem §. ult. Inst. de fideic. hered. angeführte Ursache, *ne depereat ultima voluntas testatoris, fidei heredis commissa*, allgemein ist: so ist dieser Unterschied ungegründet (*3). Wenigstens wird in der Praxis nicht darauf gesehen (*4). Von einem dritten angeblichen Unterschied der Legate und Fideicommisse s. §. 624. (*4); von einem vierten §. 584.

(1) Quia patronus in orco est. *Vinn.* ad §. 2. h. t. n. 1.
(2) *Franzk.* ad §. fin. I. de fideic. *Sande* lib. 4. tit. 5. def 18. *Faber* de error. pragmaticor. dec. 67. error. 7. *Huber* praelect. h. t. n. 3.
(3) *Pantschmann* lib 2 quaest. 7. *Sichard* ad L. fin. C. de fideic. n. 13. *Harpprecht* de remed. L. ult. C. de fideic. cap. 6. th. 8. n. 1128. sqq.
(4) *Carpzov.* part. 3 c. 8. d. 40. *Philippi* us. pract. Instit. lib. 3 eccl. 102.

TIT. XXV.
DE CODICILLIS.

§. 618. Uebergang zu dieser Lehre.

Wenn ich meinen letzten Willen erkläre, so ernenne ich entweder einen directen Erben, oder ich verordne etwas anders. Im ersten Falle habe ich ein Testament, im letzten ein Codicill (codicillos oder codicillum) errichtet (*).

(*) E. C. Westphal von Vermächtnissen §. 1873. rc.

§. 619. Was ist ein Codicill.

Ein Codicill ist also ein einseitiger, d. i. nicht nach Art eines Vertrages erklärter letzter Wille, — ultima voluntas nuda, — worin keine directe Erbeseinsetzung enthalten ist, worin man z. B. ein Legat, ein Fideicommiß anordnet, einen Sklaven freyläßt, seinen Kindern einen Vormund bestellt rc. Kurz irgend etwas verordnet, was nicht zur Einsetzung eines directen Erben gerechnet werden kann (*[1]).

(1) Ich merke hiebey an: 1) Das Wort codicilli hat bey den lateinischen Schriftstellern mancherley Bedeutungen. *Gesner.* thesaur. lingu. lat. voc. codicillus. Unter andern bezeichnet es Briefe oder Billets. Zuweilen machen die Römischen Autoren einen Unterschied zwischen *codicillus* und *epistola*. Codicillum nennen sie ein Billet, das man an einen schreibt, der mit uns an Einem Orte wohnt, und epistolam einen Brief an einen Abwesenden. So unterscheidet es Seneca in der von Heineccius angeführten Stelle. Oft aber nehmen sie auch beyde Wörter als gleichbedeutend. 2) Einige Juristen behaupten, von codicillis sey zu unterscheiden: *epistola ultima*, *epistola ultimae voluntatis*, *epistola fideicommissaria.* Wenn sie aber sagen sollen, wie diese Dinge verschieden seyen, so giebt der eine dieß, der andere etwas anders an. Man s. *Grolmann* diss de epistola hominis ultima pag. 10. sqq. Nun läßt sich freylich ein theoretischer Unterschied zwischen Codicill und epistola denken. Ein Brief muß an jemand adressiret seyn, ein Codicill kann in einer andern Form aufgesetzt werden, und so unterscheiden auch unsre classische Juristen zuweilen codicillos von epistolis oder literis. Man s. L. 41. §. 2. de legat. III. L. fin. pr. de legat. II. L. 38. de condit. et dem. L. II. in fin. de B. P. sec. tab. Daß aber epistola ultima und codicilli practisch unterschieden sind, daß etwas anders bey einem an den Erben adressirten Briefe Rechtens ist, als bey einem in anderer Form aufgesetzten Codicill, läßt sich mit Grund nicht vertheidigen. *I. H. Boehmer* diss. de codicill. absque testib. validis cap. 1. §. 6. sqq.

§. 620. 621. 622. Geschichte der Codicille.

So wie die Fideicommisse in den ältern Zeiten keine verbindliche Kraft hatten, so wurde auch ein Erbe durch Codicille nicht verpflichtet. Erst in den neuern Zeiten erhielten die Codicille mehr Ansehen. Die Veranlassung war folgende: L. Lentulus machte in Rom ein Testament, worin er seine Tochter und den K. August zum Erben ernannte. Darauf gieng er nach Afrika als Proconsul, und schrieb ein Codicill, worin einige Fideicommisse für den Kaiser, und Legate für die Tochter enthalten waren. Er starb; August bezahlte die Fideicommisse, und die Tochter die ihr auferlegten Legate. August aber berief zugleich die berühmtesten Rechtsgelehrten, und fragte sie: ob es nicht rathsam sey, solchen Verordnungen durch ein Gesetz verbindliche Kraft zu ertheilen? Trebatius Testa bejahete die Frage aus dem Grunde, weil zuweilen Römische Bürger auf der Reise an Orten stürben, wo sie keine sieben Bürger zu Zeugen bekommen, also kein Testament machen könnten. Indessen findet man

nicht, daß August ein Gesetz darüber gegeben habe. Nicht lange hernach machte der berühmte Jurist Labeo auch Codicille, und seitdem zweifelte niemand mehr, daß diese Art von Willensverordnungen verbindlich sey. Die Juristen setzten also gewisse Regeln für die Codicille fest. Zeugen sind indessen nach dem Recht der Pandecten nicht erforderlich (*1). Erst K. Constantin, oder sein Sohn Constantius, verordnete (*2), daß man bey Codicillen, die an die Intestaterben gehen, fünf oder sieben Zeugen zuziehen solle. Theodosius der Jüngere aber setzte (*3) fest, daß bey allen Codicillen fünf Zeugen zugegen seyn, unitas actus beobachtet werden, und schriftliche Codicille von den Zeugen unterschrieben werden sollten (*4).

(1) Nemlich der Feyerlichkeit wegen. Des Beweises wegen waren ohne Zweifel in manchen Fällen Zeugen nöthig, z. B. bey mündlichen Codicillen, desgleichen bey schriftlichen, welche der Erblasser weder selbst geschrieben, noch eigenhändig unterschrieben hatte. *G. L. Boehmer* in praef. ad Tom. V. Exercit. patern. §. 12. Daß in allen Codicillen zwey Zeugen zum Beweis erforderlich gewesen sind, wie *Dunius* in seinem Tractat de veteri et novo codicillorum iure (Rom 1752) p. 24. sqq. behauptet, ist unerweislich.

(2) L. 1. Cod. Theod. de testam. (IV. 4.). In welchen Fällen aber fünf, in welchen sieben? *I. Gothofred.* ad d. L. pag. 376. glaubt, daß der Gesetzgeber auf die Form der Testamente Rücksicht genommen habe; und da in dem Testament per aes et libram fünf, in dem Prätorischen sieben Zeugen nöthig waren, er auch zu Codicillen, bey welchen aes et libra gebraucht worden, fünf, bey andern aber sieben Zeugen erfordere; kurz also, daß er bey Codicillen an die Intestaterben dieselben Feyerlichkeiten, wie bey Testamenten vorschreibe.

(3) L. ult. §. 3 C. de codicill. (VI. 36.) Die Worte der L. ult. im Justinianeischen Codex sind: in omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes, vel rogati, vel qui fortuito venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi, sive in scriptis, sive sine scriptura voluntas conficiatur; testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus. Allein diese ganze Stelle fehlt in der L. 7. Cod. Theodos. de testam. woher doch die L. ult. genommen ist. Ob also die L. 7. mangelhaft ist (denn wir haben sie nur aus Alarichs Hand, s. oben §. 5.), oder ob Tribonian diese Worte aus einem andern Gesetz des Theodosius genommen hat, oder woher sie sonst sind, weiß man nicht. — Gleichwohl heißt es auch noch in §. 3. I. h. t. daß Codicille gar keine Feyerlichkeit erfordern. Davon s. § 626 not. 1. W.

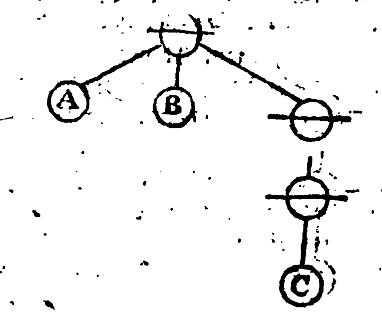
(4) Als eine Verordnung des K. Theodosius über die Codicille ist auch L. 21. §. 3. C. de testam. (VI. 23.) anzusehen, wo es heißt, ein testamentum posterius imperfectum, worin die Intestaterben eingesetzt sind, solle als eine voluntas ultima intestati gelten, wenn es von fünf Zeugen unterschrieben sey. (§. 463 Note 1.). Die Rechtsgeschichte der Codicille erzählt *Dunius* tr. cit. cap. 1. §. 1. sqq.

§. 623. Gattungen derselben.

Die Codicille werden in Rücksicht auf ihre Form in mündliche und schriftliche eingetheilt. Einige Rechtsgelehrten (*1) behaupten zwar, es gebe keine

mündliche Codicille, und wenn man auf die grammatische Bedeutung des Wortes Codicill sieht, so ist freylich ein mündliches Codicill etwas eben so widersprechendes, als ein mündlicher Brief. Da indessen ohne Zweifel mündlich von fünf Zeugen alles das verordnet werden kann, was in einem schriftlichen Codicill zu verordnen möglich ist, und Justinian selbst (*2) von codicillis non scriptis spricht, so ist es eine pedantische Kritteley, wenn man die mündlichen Codicille läugnet (*3). In Absicht des Erben, an den die Codicille gerichtet werden, sind sie entweder codicilli *testamentarii*, oder *ab intestato*. Nemlich Codicille können nicht die Einsetzung eines directen Erben enthalten; sie setzen voraus, daß schon ein heres directus vorhanden sey. Dieser heres directus ist entweder im Testament ernannt, oder Intestaterbe. Im ersten Fall heissen die Codicille: *testamentarii*, oder *ad testamentum facti*, oder *facto testamento*; im letzten codicilli *ab intestato*.

Diese beyden Gattungen sind sehr verschieden. Denn die codicilli ab intestato bestehen für sich, das heißt, ihre Gültigkeit hängt nicht von einem Testament ab, und sie verpflichten einen jeden Intestaterben. Z. E.



A macht ein Codicill, und legt darin seinem Intestaterben, seinem Bruder B. ein Vermächtniß auf. Dieser aber stirbt vor dem A, folglich wird nun C der Erbe des A. Muß dieser die im Codicill enthaltenen Verordnungen erfüllen? Allerdings, wenn gleich das Codicill nicht von ihm, sondern von dem B spricht. Die codicilli testamentarii hingegen verpflichten nur den Testamentserben: wenn das Testament besteht, so bestehen auch die Codicille; geht hingegen das Testament zu Grunde, so werden auch diese Codicille ungültig.

Sie sind wieder zweyerley: entweder sind sie im Testament bestätigt, oder nicht (*4). Die bestätigten sind entweder nach, oder vor ihrer Verfertigung bestätigt. Nach ihrer Verfertigung; z. E. es heißt: ich erkläre auch die Codicille, welche ich vor Errichtung dieses Testaments gemacht habe, hiermit für gültig, und sie sollen angesehen werden, als ob sie diesem Testament einverleibt wären. Vor ihrer Verfertigung; z. E. ich

will auch, daß die Codicille, welche ich nach Errichtung dieses Testamentes noch machen werde, gültig seyn, und als ein Theil dieses meines Testaments angesehen werden sollen (*5).

(1) Z. B. *Faber* de error. pragmat. dec. 69. err. 9. *Gifanius* explanat. diffic. LL. cod. Tom. 2. p. 131.

(2) *Dunius* tr. cit. cap. 1. §. 4.

(3) Man s. L. 3. pr. C. de bon. libert. (VI. 4.)

(4) Wenn also z. B. der Testirer ein Testament macht, und darin Codicille bestätigt, nachher in einem zweyten Testament jenes aufhebt: so sind auch die Codicille mit aufgehoben. *Vinn.* ad §. 2. quibus mod. test. infirm. n. 5. 6.

(5) Paulus, L. 8. D. de iure codicill. sagt: conficiuntur codicilli quatuor modis. Aut enim in futurum confirmantur, aut in praeteritum, *aut per fideicommissum*, testamento facto, aut sine testamento. Unter den codicillis per fideicommissum confirmatis versteht er die, welche in keinem Testament bestätigt sind, und diese theilt er wieder ein in Codicille, die an den Testaments-Erben, und solche, die an die Intestat-Erben gerichtet werden. Die Formeln, womit die Römer in den Testamenten ihre Codicille bestätigten, stehen in der L. ult. de fideic. lib. und L. 18. D. h. t. Das Böhmerische Programm de quatuor modis conficiendi codicillos in den elect. iur. civ. Tom. 1. n. 8. ist ein Theil der Vorrede zu *I. H. Boehmer* Ex. ad Pand. Tom. 5.

§. 624. Was kann in einem Codicill verordnet werden?

Wer ein Testament errichten kann, ist auch befugt Codicille zu machen, und wer jenes nicht kann, kann auch dieses nicht. Aber der Unterschied des Testaments und der Codicille ist, daß in jenem ein directer Erbe ernannt werden muß, in diesem aber ein solcher Erbe nicht eingesetzt (*1), folglich auch niemand directe substituirt und niemand enterbt werden kann. Man kann nicht einmal dem Erben eine Condition vorschreiben. Denn dieses ist im Grund eine ademtio conditionalis; man schließt ihn auf den Fall, daß die Bedingung nicht erfüllt wird, aus (*2). Hingegen kann man in den Codicillen Legate (*3) und Fideicommisse verlassen, insonderheit auch Universalfideicommisse anordnen; Sklaven manumittiren, einen testamentarischen Vormund bestellen; bestimmen, wie viel jeder Intestaterbe haben soll; auch die im Testament unbestimmt gelassenen Portionen der Testaments-Erben festsetzen (*4) u. s. w. Kann aber auch eine Schenkung von Todes wegen in Codicillen geschehen? Da die Schenkung Acceptation erfordert (§. 414.), bey Codicillen aber, wie bey jedem letzten Willen in der engen Bedeutung, alle Acceptation wegfällt (§. 441.); so kann in Codicillen keine wahre Schenkung geschehen. Gesetzt indessen, jemand erklärt in einem Codicill, daß er mir etwas schenke. In diesem Fall gilt die Erklärung billig als ein Legat oder Fideicommiß (*5).

Worin unterscheiden sich aber die Rechte der durch Testament bestätigten und nicht bestätigten Codicille? Darin: jene werden als ein Theil des Testaments angesehen; was in solchen Codicillen verordnet ist, gilt eben so gut

als

als ob es im Testament selbst verordnet wäre, in so weit es nemlich der Natur eines Codicills nicht widerspricht. Denn die Einsetzung eines directen Erben kann freylich auch in dieser Art von Codicillen nicht geschehen (*6). Hingegen 1) Legata konnten nur in bestätigten Codicillen verlassen werden, fideicommissa auch in nicht bestätigten (§. 553.). 2) Die Freyheit konnte man einem Sklaven directe nur in codicillis confirmatis geben (§. 616.). 3) Ein vollkommen testamentarischer tutor, der keiner obrigkeitlichen Bestätigung bedarf, kann nur in dergleichen Codicillen ernannt werden (§. 177.). Nachdem Justinian die Legata und Fideicommissa singularia einander gleich gemacht hat, so fällt jener erste und zweyte Unterschied weg. Der dritte ist in Deutschland, wo alle Vormünder obrigkeitliche Bestätigung nöthig haben, auch von keiner großen Erheblichkeit. Aber noch eine vierte äusserst wichtige Differenz der bestätigten und nicht bestätigten Codicille setzen Viele darin, daß jene gar keine Zeugen zu ihrer Gültigkeit erfordern. Davon werde ich nachher §. 626. reden.

(1) Diesem scheint zwar L. 77. de hered. instit. und L. 10. de condit. instit. entgegen zu stehen. Allein dort ist von einer im Testament geschehenen und in den Codicillen nur näher bestimmten und erklärten Einsetzung die Rede; der soll mein Erbe seyn, welchen ich in meinem Codicill benennen werde; oder wie *Cuiacius* ad *Papinian.* quaest. lib. 17. (Opp. postum. Tom. I. pag. 434. edit. *Guerin.* et *Colomb.*) sehr gut sagt, in codicillis recte scribitur nomen heredis, sed non recte instituitur heres. *Vinn.* ad §. 2. h. t. — Inzwischen ist doch die in codicillis geschehene directe Erbenseinsetzung benigna interpretatione als fideicommissarisch aufrecht zu erhalten. L. 76. D. ad S. C. *Trebell.* L. 13. §. 1. D. h. t. *Vinnius* l. c. und in partitionib. iur. civ. I. 45. W.

(2) *Reinharth* ad *Christin.* vol. 4. observ. 43.

(3) *Cocceii* iur. controv. tit. de legat. qu. 3. behauptet, mit einigen ältern Juristen, in Codicillen könnten keine legata hinterlassen werden; denn Justinian habe die legata und fideicommissa nur quoad iura capientis, nicht quoad formam einander gleich gemacht. Allein Justinian sagt §. 3. I. de legat. nulla sit inter legata et fideicommissa differentia. Man sehe *Vinn.* ad §. 3. de legat. n 5. ad §. 10. de fideic. hered. n. 2. In der deutschen Praxis ist wenigstens die Sache außer allem Streit.

(4) L. 39. §. 1. D. famil. herciscund. *Grolmann* diss. cit. cap. 3. §. 8.

(5) *Zepper* tract. de codicill. cap. 7. n. 87. sqq. Man sehe auch *Dan. Faber* diss. de legator. et donat. m. c. differentiis (Goett. 1763.) §. 11.

(6) L. 6. pr. et §. 2. L. 10. de iure codicillor. §. 2. I. h. t.

§. 625. Man kann mehr als Ein Codicill machen.

Kein paganus kann, wie wir oben gehört haben, mit zwey Testamenten versterben. Denn im Testament wird ein Erbe, ein successor *in omne ius* defuncti ernannt. Zwey Testamente vertragen sich also nicht miteinander. Hingegen in den Codicillen ist eine solche Erbeseinsetzung nicht enthalten; daher kann Jemand mehrere Codicille hinterlassen, und wenn er es thut, so gelten sie alle, wofern sie nur einander nicht widersprechen. Denn wenn dieses ist, so geht das

letzte Codicill dem ersten vor; z. E. wenn im ersten Codicill das Wohnhaus dem A vermacht, im zweyten aber es ihm wieder benommen, und dem B vermacht ist, so gilt das zweyte.

§. 626. Nöthige Feyerlichkeiten bey einem Codicille.

Ein Codicill ist entweder ein öffentliches, oder privates. Oeffentliche Codicille sind, welche von dem Landesherrn oder der Obrigkeit vollzogen sind. Diese gelten ohne alle Sollennitäten, und es ist hier in Ansehung der Form und Wirkung dasselbe Rechtens, was wir oben §. 443. von den Testamenten gehört haben. Ein Privatcodicill ist entweder ein sollennes oder nicht sollennes, privilegirtes. Wer nemlich in einem solchen Fall ist, worin er ein privilegirtes Testament machen kann, der kann auch in diesem Fall ein privilegirtes Codicill errichten. Z. E. wer eine fromme Stiftung einsetzen will, kann ohne alle Feyerlichkeiten testiren (§. 463.). Wer daher einer solchen Stiftung etwas in einem Codicill verlassen will, hat dazu eben so wenig Sollennitäten nöthig. So wie die Testamente der Eltern unter Kindern keine Feyerlichkeiten erfordern (§. 460.), so auch die Codicille nicht, wenn Eltern darin unter den Kindern disponiren. Die sollennen Codicille hingegen erfordern folgende Stücke: 1) Einheit der Zeit und der Handlung (§. 444.), 2) Fünf Zeugen, und diese müssen 3) ein schriftliches Codicill unterschreiben (*1).

Hierbey ist noch mancherley zu bemerken: 1) daß die Zeugen feyerlich rogirt werden, wie bey Testamenten geschehen mußte (§. 445.), ist nicht nöthig. Quinque testes qui fortuito venerint, sind hinlänglich, wie Theodosius (§. 601.) sagt. Daß gar keine Rogation erforderlich sey, kann man wohl nicht behaupten. Wenn ich in einer Gesellschaft von fünf Personen erklärte, daß dieß oder jenes nach meinem Tode geschehen solle, ohne sie zu ersuchen, daß sie es als Zeugen anhören möchten, so kann meine Erklärung nicht als ein Codicill angesehen werden. Auch 2) wird nicht erfordert, daß sie untersiegeln (*2). Eben so wenig ist 3) die Unterschrift des Verfassers des Codicills (codicillantis) nöthig (*3). Das aber ist 4) streitig, ob in dem Falle, wenn ein Codicill im Testament bestätigt ist, dem ungeachtet Zeugen erforderlich sind? Viele Rechtsgelehrten (*4) behaupten, daß dergleichen Codicille, ohne alle Zeugen, gültig sind. Manche hingegen (*5) sind anderer Meynung. Nach der Theorie ist die Sache zweifelhaft, in der Praxis aber ist der Satz angenommen, daß diese Codicille ohne Zeugen gelten. 5) Auch darüber ist viel gestritten worden, ob Weibspersonen in den Codicillen Zeugen seyn können? Ich halte die verneinende Meynung aus dem Grunde für richtiger, weil die Errichtung eines Codicills eine feyerliche Handlung ist, bey dergleichen Handlungen aber Weibspersonen ausgeschlossen sind (*6). Endlich, 6) ist es eine sehr bestrittene Frage: ob einer in dem Codicill Zeuge seyn kann worin ihm etwas vermacht wird? Wenn man

die Argumente beyder Theile prüft, so haben die, welche gegen die Zuverlässigkeit eines solchen Zeugen angeführt werden, meines Erachtens das Uebergewicht. Denn die Gründe, aus welchen die Legatarien im Testament als Zeugen zugelassen werden (§. 445.), schlagen bey den Codicillen nicht an. Im Gegentheil kann man schließen, so wenig der Erbe im Testament Zeuge seyn kann, eben so wenig sind die Legatarien in den Codicillen zuläßig (*7).

(1) Was Justinian will, wenn er §. 3. h. t. schreibt, die Codicille erforderten keine *sollennitatem ordinationis*, ist schwer zu sagen. Vielleicht soll es heißen: die Codicille erforderten nicht die Feyerlichkeiten der Testamente; vielleicht sind die Worte aus einem classischen Juristen genommen, zu dessen Zeit die Codicille noch keine Zeugen nöthig hatten. §. 621. — Dieß letztere ist wohl das wahrscheinlichste. Man vergl. z. B. cit. §. 3. mit L. 6. §. 1. D. de iure codicill. *Everard Otto* ad l. h. t. §. 3. W.

(2) *Hert* decis. 677. n. 2.

(3) *Zepper* tract. de codicillis, cap. 8. n. 42 sqq. *Hert* l. c.

(4) *Donell.* commentar. iur. civ. lib. 7. cap. 17. *Vinn.* ad §. 3. I. h. t. n. 2. *Stryk* caut. testam. cap. 2. §. 12. *I. H. Boehmer* diss. de codicill. absque testibus validis, cap. 1. §. 29. in Ex. ad Pand. tom 5. p. 132 sqq. *G. L. Boehmer* praefat. cit. §. 14 sqq *Cramer* obs. iur. univers. tom. 3. p. 443. Nebenst. 44. Th. 106. S. *Walch* controv. p. 336. edit. III. und Georg Heinr. Lehr Erörterung der Frage: ob bey den in einem Testament bestätigten Codicillen Zeugen nöthig seyen, Darmst. 1791.

(5) *Mod. Pistor.* vol. 1. consil. 44. *Harpprecht* vol. 1. consil. 5 n. 63. *Em. Dunius* de vet. ac novo iure codicillorum, p. 184 sqq. Ernst Christ. Westphal Abh. von der Rechtskraft der Codicille, welche in einem daneben vorhandenen Testament bestätiget sind (Halle 1778.) §. 21 2c. Für die Meynung, daß in den durch Testament bestätigten Codicillen keine Zeugen nöthig sind, wird angeführt, daß Scävola in der L. 14. pr. D. h t. sagt: codicilli pro parte testamenti habentur, und Julian L. 2. §. 2. eod. quaecunque in his scribuntur, perinde habentur, ac si in testamento scripta essent; ferner daß es (wie ich oben angeführt habe) §. 3. h. t. heißt: die Codicille erforderten keine sollennitatem ordinationis. Endlich sagt man: nach dem Recht der Pandecten waren keine Zeugen bey den Codicillen nöthig. Constantin erforderte dergleichen nur bey Codicillen, die an die Intestat-Erben gehen. Nachher verordnete zwar Theodosius überhaupt, daß bey Codicillen 5 Zeugen zugezogen werden sollten. Allein durch ein generales Gesetz wird einem speciellen nicht derogiret. Herr Amtsverwalter Lehr nimmt auch noch ein neues Argument aus der L. 12. §. 5. D. de captiv. et postlim. wo Tryphoninus sagt: wenn Jemand in Rom ein Testament, und nachher in der Gefangenschaft Codicille macht, so seyen diese gültig, quia merum principium eorum in civitate constituto captivo factum est. Gelten also die bestätigten Codicille eines in der feindlichen Gefangenschaft Befindlichen, der nicht einmal die Befugniß zu testiren hat, so kann um so viel weniger der Mangel der Zeugen ein bestätigtes Codicill ungültig machen. Man kann zugeben, daß auch zur Gültigkeit der bestätigten Codicille fünf Zeugen nöthig sind: allein man hat nicht auf die Zeit des völlig beendigten Codicilles, sondern auf ihren im Testament liegenden

Anfang zu sehen. Sie sind also gültig, wenn nur in diesem die nöthige Zeugen Anzahl gebraucht worden ist. Daß indessen diese Gründe noch manchen Einwendungen ausgesetzt sind, möchten wohl die Vertheidiger selbst nicht läugnen.

(6) *Reinold* varior. cap. 5. *Spangenberg* commentat. de muliere ob testium sollennitatem testimonii ferundi in codicillis experte. Goett. 1770. *Walch* controvers pag 338. edit. III Die bejahende Meynung behaupten unter Andern *Ienichen* de efficaci mul. testim. in codicill. in *Leyser.* medit. ad Pand. Vol. XI. p. 75 sqq. *Müller* ad *Leyser* Obs. 590. auch Westphal von Vermächtnissen, §. 1916. Das aus der L. ult. C. de fideic. hergenommene Argument, womit man darthun will, daß die Zeugen in den Codicillen nicht der Feyerlichkeit wegen zugezogen würden, scheint mir nicht überzeugend.

(7) *Müller* ad *Leyser* Obs. 558.

§. 627. Was ist die Codicillar-Clausel?

Zuweilen wird den Testamenten eine Clausel angehängt, die man die Codicillar-Clausel nennt. Sie ist eine Erklärung des Testators, daß dieses Testament, wenn es nicht gelten könne als ein Testament, gelten solle als ein Codicill (*1). Die Notarien machen gewöhnlich noch folgende Schnörkel daran: dafern aber dieses mein Testament einiger Ursachen und Mängel halben von Rechtswegen nicht als ein sollenner, zierlicher letzter Wille, oder zu Recht beständiges Testament gelten oder kräftig seyn sollte: so will ich doch, daß solches als ein *testamentum nuncupativum*, Codicill, Fideicommiß, *donatio mortis causa*, oder wie es sonst immer den Rechten nach am besten geschehen kann, gelten und kräftig seyn soll (*2). Allein diese Verzierungen sind unnütz; denn gilt das Testament als Codicill, so gilt es auch als Fideicommiß: man braucht also dieß nicht zu sagen. Als *donatio mortis causa* kann es nicht gelten, da es nicht acceptirt ist. Eben so wenig kann es als ein testamentum nuncupativum gelten, wenn es nicht den Zeugen in Gegenwart des Testators vorgelesen worden ist; und ist dieß geschehen, so gilt es als ein nuncupativum, auch ohne daß der Testator es dafür erklärt. Noch eine andere Art es gültig zu erhalten, giebt es nicht (*3).

(1) Die Gesetzstellen, worin diese Clausel ihren Sitz hat, sind: L. 29. § 1. *D. de testam.* Ex his verbis, quae scriptura paterfamilias addidit: *hoc testamentum volo esse ratum, quacunque ratione poterit*, videri eum voluisse omni modo valere ea, quae reliquit, etiamsi intestatus decessisset. *L.* 41. § 3. *D. de vulg. et pup. substit.* Quae ita locum habebunt, si patris testamentum iure valuit; alioquin si non valuit, ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, *nisi hoc expressum est. L.* 8. *C. de codicill.* (*VI.* 36.) Si testator faciens testamentum, *in eodem pro codicillis etiam id valere complexus sit*, qui hereditatem petit, ab ipsis intentionis exordiis, utrum velit, eligendi habeat potestatem.

(3) Zuweilen wird sogar hinzugesetzt: wenn dieser letzte Wille nicht gelten kann als ein Testament, so soll er gelten als eine donatio simplex. Dieß hilft gar nichts. *Pufendorf* tom. 4. obs. 189.

(3) *Io. Aug. Hellfeld* diss. de effectu clausulae codicillar. testamento, quod rumpitur, adiectae, cap. 2. §. 19. in opusc. pag. 410 sqq.

§. 628 Was wirkt sie?

Zwey Fragen sind bey dieser Clausel zu beantworten: 1) in welchem Fall ist sie wirksam? 2) Worin besteht ihre Wirkung?

Was die erste Frage betrifft, so unterscheide man folgende drey Fälle: a) wenn das Testament alle Erfordernisse eines Testaments hat, so ist die Clausel überflüßig. b) Hat das Testament nicht einmal die Erfordernisse eines Codicills, z. E. der Testator war blödsinnig oder unmündig, es fehlt an der Einheit der Handlung, es ist nur von drey Zeugen unterschrieben, die Zeugen sind Weibspersonen: so ist die Codicillarclausel vergeblich; das Testament geht dennoch zu Grund. Wenn endlich c) das Testament zwar nicht die Erfordernisse eines gültigen Testaments, aber doch die Erfordernisse eines Codicills hat: so ist die Clausel wirksam. Sie ist also z. B. wirksam, wenn das Testament nur von 5 oder 6 Zeugen unterschrieben ist; wenn die Zeugen es nicht untersiegelt haben; wenn der Testirer es weder ge- noch unterschrieben hat.

Worin besteht aber ihre Wirkung? Sie macht, daß das Testament als ein Codicill gilt; daß die institutio heredis *directi* in eine institutionem heredis *fideicommissarii* verwandelt wird. Man sieht das Testament als eine an die Intestaterben gerichtete Bitte an, daß sie die Erbschaft antreten, und den Testamentserben nach Abzug der Trebellianischen Quart abtreten möchten (*1).

Es ist sehr darüber gestritten worden: ob die Codicillarclausel bey jedem Testament sich von selbst verstehe; d. i. ob in dem Fall, wenn sie auch nicht beygefügt ist, es doch eben so gut sey, als ob sie im Testament stünde (*2)? Viele haben es behauptet, aber die Gründe derer, die es verneinen, scheinen mir überwiegender (*3), und die angeführten Stellen, L. 41. §. 3. D. de vulg. et pup. substit. und L. 8. C. de codicill. sind ziemlich deutlich (*).

(1) Wenn sich zwey Testamente finden, deren erstes alle gehörige Sollennitäten hat, das letzte unvollkommen, aber mit der Codicillar-Clausel versehen ist: so sieht man das letzte als eine Bitte an, daß der im ersten genannte Erbe die Erbschaft dem restituiren möge, der im letzten eingesetzt ist; arg. L. 12. §. 1. D. de iniusto, rupt S. oben §. 454. und *Sam. Stryk* diss. de clausula codicillari, n. 54 sqq. in opp. tom. 1. p. 338.

(2) *Carpzov* part 3. c. 4. D. 38. et lib. 6 resp. 7. *Zepper* de codicill. cap. 4. n. 138 sqq. *Franc Alef* diss. de otio clausulae codicill. cap. 2. *Car. Aug. Tittel* opusc. de clausula codicillari tacite subintellecta, (Ien. 1759. §. 51 sqq. P. G. Heißler von der Wirkung der stillschweigend. codicillar. Clausel rc. in d. Samml. f. Abhandl. Th. 1.

(3) *Stryk* de cautel. testam. cap. 23. §. 32. *Lauterbach* colleg. th. pr. h. t. §. 17. *Wernher* part. 1. obs. 279. *Walch* controv. p. 342. edit. III. *Hell-*

feld l. c. § 20. *Henr. Wilh. Schorch* diss. qua claus. codicill. praesumtam non dari adseritur, Erf. 1763

(*) Noch bestimmter druckt sich Ulpian L. 1. D. h. t. hierüber aus. Daß dieß alles nur die Folge jener ältern bestimmten Form des Ausdrucks, und der darauf eingeschränkten Wirkung der Testamente sey, folglich in unsern Gerichten keine Anwendung mehr finden könne, wie *I. H. Boehmer* Diss. de verb. directis et obliquis § 15. Exercitat. ad Pand. I. 116. behauptet, läßt sich keinesweges als ausgemacht annehmen, da Codicill und Testament an sich ganz verschieden sind; und wer dieses zu machen unternimmt, eben dadurch zu erkennen giebt, daß er jenes nicht will; wofern er sich nicht bestimmt dahin erklärt, daß sein letzter Wille allenfalls auch als Codicill gelten solle. W.

LIB. III. TIT. I.

DE HEREDITATIBUS, QUAE AB INTESTATO DEFERUNTUR.

§. 629. Uebergang zu dieser Materie.

Wir haben oben (§. 437.) gehört, daß das Successionsrecht dreyerley sey. Es gründet sich entweder auf einen Vertrag, oder auf ein Testament, oder unmittelbar auf die Vorschrift der Gesetze. Das erste heißt *ius succedendi pactitium*, und findet nach dem Römischen Recht, der Regel nach, gar nicht Statt (§. 737. Note 3.). Das zweyte heißt *testamentarium*. Es ist bisher abgehandelt worden. Endlich das dritte heißt *legitimum* oder *ab intestato*, und dieses soll nun vorgetragen werden (*).

Vorerst bemerke man: *ab intestato* stirbt einer, wenn er a) gar kein Testament macht, oder b) eins, das gleich anfangs nicht gilt, oder c) eins, welches anfänglich gültig ist, nachher aber ruptum oder irritum oder destitutum, oder als inofficiosum umgestoßen wird (**).

(*) Die merkwürdigsten Schriften über die Lehre von der gesetzlichen Erbfolge sind: *Sam. Stryk* tr. de succ. ab intestato, Erf. 1733. *I. C. Koch* Successio ab intestato civilis etc. edit. 8. Giessae 1798. C. F. Glück hermeneutisch-systematische Erörter. der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundsätzen des ältern und neuern Röm. Rechts. Erlang. 1802. Nach dem Römischen Recht sind successio *ab intestato*, d. i. Erbfolge ohne Testament, und successio legitima, gesetzliche Erbfolge, allerdings gleichbedeutende Ausdrücke, weil ohne Testament nach der Regel des Civilrechts keine andere Erbfolge, als die gesetzliche eintreten kann. Bey uns hingegen kann die Erbfolge ohne Testament, also ab intestato auch eine durch Vertrag bedungene seyn, folglich ist der Ausdruck: Intestaterbfolge, in jener synonymischen Bedeutung nicht mehr zutreffend, und man sollte sich statt dessen bey der Successionsart, von der hier die Rede ist, gegenwärtig nur der Benennung: gesetzliche Erbfolge, bedienen. Diese ist unmittelbar in den Gesetzen gegründet, und daher von der rechtmäßigen, d. i. in den Gesetzen überhaupt gebilligten Erbfolge, wohin auch die testamentarische gehört, leicht zu unterscheiden. L. 130. D. de Verb. signif. W.

(**) pr. I. h. t. vergl. L. 8. C. comm. de success. L. 2. pr. D. h. t. L. 6. §. 1. D. de inoff. test. (§. 534.) Glück l. c. §. 8. W.

*. 630. Verschiedenheit der alten und neuen Successionsordnung.

Anders ist das Intestaterbrecht beschaffen nach den alten Römischen Gesetzen, und anders nach der 118. Novelle Justinians. Wir wollen uns also zuerst das alte Recht kürzlich bekannt machen, und dann die neue Successionsordnung der 118. Novelle ausführlicher betrachten.

§. 631. Wer erbte nach altem Recht?

Das Fundament der Intestaterbfolge nach den zwölf Tafelgesetzen war die Verwandtschaft, aber nur die, welche in dem alten Römischen Staat, sobald von positiven Rechten die Rede war, als Verwandtschaft galt; also die Agnation. Denn wir haben oben (§. 115.) die Regel gehört: iura agnationis sunt civilia, die Rechte, welche ein positives Gesetz den Verwandten giebt, stehen allein den Agnaten, nicht den Cognaten zu. Das Successionsrecht der Verwandten aber ist ein bloßes positives Recht, von welchem das Naturrecht nichts weiß. Der Complexus der Agnaten, oder mit einem Wort, die Familie, hatte also ein Intestaterbrecht auf die Güter ihrer Mitglieder. Die Cognaten hatten dergleichen nicht; auch die emancipirten Kinder, und wer von ihnen abstammte, erbte nicht mehr, weil man durch die Emancipation aus der Familie ging. Unter den Agnaten war eine gewisse bleibende Verbindung, sie hatten einen gemeinschaftlichen Familiennamen, gemeinschaftliche sacra und Familienbegräbnisse. An allem diesem nahmen die Cognaten keinen Theil. Aus diesem Grunde hielten es wahrscheinlich die Decemvirn auch für analogischer und billiger, daß nur die Agnaten ab intestato succedirten, und die Cognaten, unter welchen kein solcher nexus civilis war, ausgeschlossen würden. — Nach diesem Familien-Verhältniß, worauf sich die ältere Intestaterbfolge gründet, werden in den Gesetzen der zwölf Tafeln drey Klassen, (ordines) bestimmt, 1) sui heredes, 2) agnati, 3) gentiles, von denen immer der Vorhergehende, wenn er eintritt, den Folgenden ausschließt (*). W.

(*) Glück l. c. § 45 §. 632 rc.

§. 632. Fortsetzung.

Es succediren also vorzüglich die *liberi sui*, das heißt, die Kinder und Enkel, die zur Zeit, als der Erblasser starb, in seiner väterlichen Gewalt waren. Sie waren schon bey Lebzeiten des Erblassers durch eine Rechtsfiction gleichsam Eigenthümer von dessen Vermögen, und setzten nach seinem Tode dieses Eigenthum fort (*). Daher sagten die Gesetze der 12 Tafeln: si intestato moritur, cui suus heres nec escit (das heißt erit), agnatus proximus familiam habeto.

(1) Diese Rechtssätze sind sehr gut ins Licht gesetzt in *G. L. Boehmer.* diss. de suo herede, cap. 1. §. 4. in elect. iur. civ. tom. 1. pag. 100.

§. 633. Fortsetzung.

Dieses Successionsrecht stand sowohl den leiblichen, als Adoptivkindern zu. Die Söhne und Töchter (*1) succedirten in Köpfe; die Enkel, Urenkel u. s. w. in Stämme. Was das heißt, wird im §. 682. erklärt werden. Durch die Emancipation aber gieng das Erbrecht völlig verlohren. Die Kinder erbten nicht als Kinder, sondern als *sui*. Doch kam der Prätor den emancipirten Kindern zu Hülfe, und gab ihnen ein Erbrecht unter dem Titel einer bonorum possessionis. Man sehe den §. 662. (*2).

Die Note sagt: weil eine Frau, welche in manu mariti war, als eine filia familias angesehen wurde: so war sie auch sua heres, und succedirte so gut, als die Kinder (*).

(1) *Io. Aug. Clemann* diss. miscell. argumenta iuris civilis (praef. *Seger* Lips. 1768.) pag. X. *Gustav. Hugo* in commentat. de fundamento successionis ab intestato ex iure rom. antiquo et novo, (Goetting. 1785.) §. 6. und *I. I. Boger* diss. de fundamento successionis ab intestato. Tubing. 1791. behaupten, alle Weibspersonen seyen nach den zwölf Tafelgesetzen von der Erbschaft ausgeschlossen gewesen. Im civilist. Magazin 2. B. 1. Heft. S. 101 u. f. hat Hr. Prof. Hugo diese Meynung noch weiter vertheidigt. So scharfsinnig und scheinbar die dafür aufgestellten Gründe sind, so streiten doch zu viele und zu deutliche Stellen der alten Autoren und unsers Gesetzbuches dagegen. Man s. *Joach. Schwarzkopf* in einer Abhandlung über eben diese Materie, §. 4. und *Jo. Cstoph Duisberg* diss. de princip. success. gentil. Hal. 1788. Glück l. c. § 49. Ob zur Zeit, da die lex Voconia erschien, (A. V. c. 585) die Töchter noch ohne Testament geerbt haben, und ob dieses Gesetz blos die testamentarische oder auch die Intestat Erbfolge betroffen habe, ist bestritten. *Wieling* lect. iur. civ. 2. cap 23 sqq. Eben so wenig ist ausgemacht, wie lang es gegolten habe; ob es schon vor der Dictatur Julius Cäsars in Abgang gekommen, oder ob es noch in den letzten Regierungsjahren Augusts beobachtet worden sey. *Perizon.* de L. Voconia, in diss. VII. (Lugd. B. 1740.) pag. 214 sqq. *Wieling* l. c. cap. 26.

(2) Wer mehr von der Succession der Descendenten nach dem alten Recht wissen will, lese den Text der Institutionen in diesem Titel mit dem Commentar von Vinnius nach.

(*) Glück l. c. §. 48. pag. 130.

TIT. II.

DE LEGITIMA AGNATORUM SUCCESSIONE.

§. 634. 635. Wie erbten die Agnaten?

Wenn keine sui liberi vorhanden waren, auch keine Hoffnung, daß dergleichen noch kommen würden, so succedirten die nächsten Agnaten (*1). Und zwar 1) erbten nach den zwölf Tafelgesetzen die agnatae so gut, als die agnati. In den folgenden Zeiten aber machten die Juristen den Satz geltend, daß

daß die agnatae nur bis auf den zweyten Grad erben sollten; das heißt, wenn ich starb, so erbten meine Schwestern, die mit mir Einen Vater und Eine Mutter, oder wenigstens Einen Vater hatten (sorores germanae et consanguineae), die entfernteren agnatae nicht. Also z. E. meines Bruders Tochter erbte mich nicht, ob ich ihr gleich, wenn sie vor mir starb, succedirte. Der Prätor, welcher auch diesen Satz für unbillig hielt, ließ die entfernteren agnatas durch das edictum unde cognati zur Erbschaft. 2) Die agnati erbten, sie mochten durch wirkliche Procreation, oder durch Adoption mit dem Verstorbenen verwandt seyn. Allein 3) der nähere schloß den entferntern aus, und wenn der nächste Agnat die Erbschaft repudiirte, oder starb, ehe er angetreten hatte, so bekam sie darum der entferntere nicht. Man blieb streng bey den Worten der Zwölftafelgesetze: Agnatus *proximus* familiam habeto. Fragt man aber: auf wen fiel sie denn in diesem Fall? so sagen Einige, auf die gentiles (*2); Andere (*3) glauben, der Fiscus habe sie als vacant weggenommen. Der Prätor änderte aber auch dieses; er ließ, im Fall der nächste Agnat repudiirte, oder vor der Erbschaftsantretung starb, den entferntern zur Erbschaft; und zwar als Cognaten, nicht als Agnaten. War also ein näherer Cognat vorhanden, so schloß er den Agnaten aus (*4) (§. 664.). Justinian gieng noch weiter, und gab, weil sich das alte Recht auf bloße Spitzfindigkeit und Wortklauberey gründete, eine Verordnung, daß der entferntere Agnat nicht als Cognat, sondern als Agnat zur Erbschaft gelangen, also vom näheren Cognaten nicht ausgeschlossen werden sollte. Diese Verordnung ist zwar selbst nicht mehr vorhanden, man findet aber ihren Inhalt in §. 7. I. h. t. angeführt.

(1) Nach dem §. 5. I. de success. cognator. scheint ihr Successionsrecht nur bis auf den zehenten Grad zu gehen. Man sehe aber unten §. 700.

(2) *Schulting* ad Collat. LL. Mos. et Rom. p. m. 794. *Seger* diss. de successorio edicto (Lips. 1769.) §. 4.

(3) Z. E. *Vinnius* ad §. 7. h. t. *Balduinus*, *Hotomannus* ibid. *Oisel* ad Cai. lib. 2. tit. 8. §. 4. *Glück* opusc. fascic. 4. pag. 162. sqq. und von der Intest. Erbf. §. 56. Koch Bon. poss. §. 27.

(4) *Vinn.* l. c.

§. 636. Von der Succession der Eltern.

Ein Vater succedirte seinem Sohn, der noch in väterlicher Gewalt war (filio *suo*) nicht; denn der Sohn hatte nichts Eigenes: alles, was er erwarb, gehörte dem Vater. Dem emancipirten Sohn succedirte der Vater nicht als Vater, sondern als *manumissor*, als Patron, und zwar nach Prätorischem Recht, ex edicto unde decem personae. Die Mutter erbte von den Kindern nichts, weil sie eine cognata von ihnen ist; und aus gleichem Grund erbten auch die Kinder von der Mutter nichts. Zuerst hat dieß der Prätor geändert, indem er der Mutter und den Kindern bonorum possessionem ex

edicto unde cognati gab. Nachher ist der Mutter durch das SCt. Tertullianum, und den Kindern durch das SCt. Orphitianum auch ein Civil-Erbrecht ertheilt worden.

TIT. III.
DE SCTO TERTULLIANO.

§. 637. Nach dem Tertullianischen Rathsschluß erbt die Mutter die Kinder.

Nemlich das SCT. Tertullianum verordnete, daß eine freygebohrne Mutter, wenn sie das ius trium liberorum, und eine Freygelassene, die das ius quatuor liberorum hat, ihren Kindern, sowohl den unehelichen, als ehelichen, succediren sollte. Also nur die Mutter succedirte, nicht die Großmutter. Diese hat erst Justinian in der 118. Novelle zur Succession gelassen. Wenn die Mutter noch in der väterlichen Gewalt war, so konnte sie die Erbschaft ihrer Kinder, so wie jeder filius, und jede filiafamilias, nicht anders, als nach vorhergegangenem Befehl ihres Vaters antreten.

§. 638. Doch unter gewissen Einschränkungen.

1) Nicht jede Mutter succedirte, sondern nur die, welche a) drey oder vier Kinder wirklich gebohren, oder b) das ius liberorum vom Kayser erlangt hatte. Denn Weiber, die keine Kinder gebohren hatten, erhielten doch zuweilen vom Kayser aus Gnade die Rechte einer fruchtbaren Frau, kurz, das ius liberorum. 2) Nur alsdann hatte die Mutter ein Erbrecht, wenn die Kinder ohne Testament starben, und 3) keine Verwandte da waren, welche der Mutter vorgiengen. Denn hinterließ der Verstorbene Kinder oder Enkel, oder einen Vater oder Brüder (fratres germanos aut sanguineos), so schlossen sie die Mutter aus. Waren Schwestern oder Brüder des Verstorbenen da, so succedirten diese zusammen, die Mutter aber bekam nichts. Wenn endlich Schwestern allein vorhanden waren, so erbte die Mutter mit ihnen (*). Justinian hat dieses geändert. Nach seinen ältern Verordnungen succedirt die Mutter, wenn sie auch keine Kinder gebohren hat; sie succedirt mit den Brüdern und Schwestern des Erblassers. Concurrirt sie mit Brüdern, so bekommt sie portionem virilem, das heißt, es werden so viele Theile gemacht, als Personen succediren, und davon erhält die Mutter einen. Wenn sie hingegen mit Schwestern succediret, so bekommt sie die Hälfte der ganzen Erbschaft. Was Justinian in der 118. Novelle noch weiter in diesem Punct verordnet hat, wird im 692. u. f. f. §. erklärt werden.

(*) Man sehe bey diesem Titel Glück von der Intestaterbf. §. 60 2c.

TIT. IV.
DE SCTO ORPHITIANO.

§. 639. Die Kinder erben die Mutter.

Da die Mutter durch das SCtum Tertullianum ein Erbrecht auf das Vermögen der Kinder bekommen hatte, so war es billig, daß auch die Kinder der Mutter succedirten. Denn die Successionsrechte sind der Regel nach wechselseitig, das heißt, wenn mir einer succedirt, wofern ich zuerst sterbe: so succedire ich ihm auch, wenn er zuerst stirbt.

§. 640. Vermöge des Orphitianischen Rathsschlusses.

Dieses Successionsrecht wurde den Kindern durch das SCt. Orphitianum ungefähr 20 Jahre nach dem Tertullianischen Senatusconsult ertheilt. Es wurde nemlich festgesetzt, daß die Kinder ihre Mutter, sie mochte nun eine Freygebohrne oder Freygelassene seyn, die Kinder mögen eheliche oder uneheliche, in der väterlichen Gewalt oder sui iuris seyn, erben sollen. Dieses Erbrecht gieng auch durch die capitis deminutionem, nemlich minimam, nicht verlohren. Denn man hatte die Regel: die Successionsrechte, welche erst durch neue Gesetze ertheilt sind, gehen durch die geringste Capitis Deminution nicht zu Grund.

§. 641. Ausdehnung dieses Gesetzes.

Nur den Kindern, Söhnen und Töchtern gab das SCt. Orphitianum ein Erbrecht. Die Kayser Valentinian, Theodosius und Arcadius gaben aber in der Folge dieses Recht auch den Enkeln und Enkelinnen.

(*) §. 1. I. h. t. L. 4. c. Theod. de legit. hered. §. ult. I. de hered. quae ab intest. Man sehe übrigens *A. C. Stockmann* (resp. *Füllkruss*) Dissert. de S. C. Orfitiano Lips. 1798. Glück l. c. §. 61. rc.

TIT V.
DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

§. 642. Nach den Agnaten erben die Gentilen.

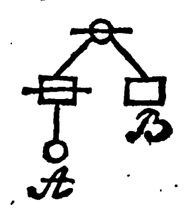
Wenn keine Agnaten vorhanden waren, so succedirten die gentiles, die Cognaten hatten kein Erbrecht. Gentiles waren, wie wir oben (§. 115.) gehört haben, Personen, welche zwar die Verwandtschaft, aber nicht den Grad derselben beweisen konnten; daher sagen die Gesetze der 12 Tafeln: Si agnatus nec escit, *gentilis* familiam heres nancitor. Sie sagen nicht *gentilis proximus*; denn kein gentilis konnte zeigen, daß er dem Grad nach näher sey, als ein anderer. Alle gentiles erbten also zusammen. In den neuern Zeiten kam die successio gentilium ab. Wer erben wollte, mußte den Grad

der Verwandtschaft zeigen können (*1). Die ganze Verfassung mit den gentibus war in Unordnung gerathen; man wußte nicht mehr genau, wer alle zu einer gente gehörte; die gentiles hatten den Zusammenhang nicht mehr, wie vor Zeiten; die Verbindung, von der ich vorhin (§. 631.) gesagt habe, hatte bey ihnen aufgehört, und war nur bey den eigentlichen Agnaten geblieben.

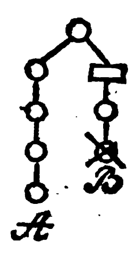
(1) *Chladenius* de gentilitate vet. Rom. cap. 6. Glück l. c. §. 57. Zu Cajus und Ulpians Zeiten war die Succession der Gentilen nicht mehr gewöhnlich. Collat. LL. Rom. et Mos. tit. ult. n. 2. et 4. *Schulting* diss. de testamentis rescissis (in commentat. acad. Hal. 1770. p. 281.) sagt, unter Trajan habe sie noch Statt gefunden. Er beruft sich auf *Plin.* Panegyr. cap. 37. Allein Plinius redet dort von Augusts Zeiten.

§. 643. Auch die Cognaten läßt der Prätor zur Erbschaft.

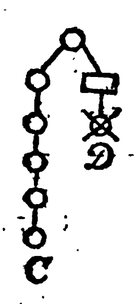
Hingegen rief der Prätor nunmehr auch die Cognaten zur Succession, und mit ihnen die Agnaten, welche die geringste Capitis Deminution erlitten hatten, nemlich emancipirte, oder in Adoption gegebene Kinder. Auch cognati spurii und vulgo quaesiti gelangen durch den Prätor zur Erbschaft, z. E.



wenn gleich A. ein uneheliches Kind ist, so succedirt es doch seiner Tante B. Allein die Cognaten erben nur bis auf den siebenten Grad ausschließlich; das heißt, die im sechsten mit dem Erblasser verwandt sind, succediren; im siebenten Grad succediren nur die sobrino sobrinave nati nataeve, wie §. 5. I. h. t. sagt. Nemlich sobrini heissen hier Nachgeschwisterkinder. Deren Kinder bekommen noch bonorum possessionem, andere Cognaten des siebenten Grades nicht, z. E.



wenn B. stirbt, so bekommt A. bonorum possessionem. Wenn aber



D. stirbt, so bekommt C. dessen Erbschaft nicht, ob er gleich auch im siebenten Grad mit dem Verstorbenen verwandt ist.

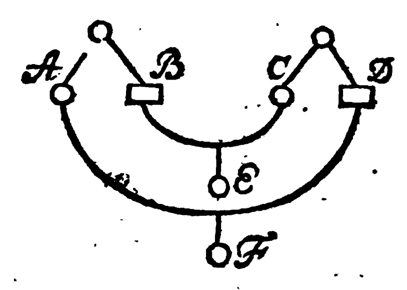
TIT. VI.

DE GRADIBUS COGNATIONUM.

§. 644. Von der Zählung der Grade.

Weil bey dieser bonorum possessione die Grade gezählt werden mußten, so schaltet hier Justinian die Lehre von der Computation der Grade ein. Ich habe aber diese Materie im Titel de nuptiis ausführlich erklärt (*). Noch merkt unser Autor an, daß in der Successionsmaterie die Canonische Zählungsart bey uns nicht gilt; auch daß hier auf den respectum parentelae und den Unterschied zwischen der gleichen und ungleichen Seitenlinie nichts ankomme. In Ostfriesland hingegen soll, wie Feltmann am a. O. bezeugt, das Canonische Recht recipirt seyn.

Gelegentlich will ich hier die im §. 115. aufgegebenen Räthsel erklären. 1) Die Schwester meiner Tante, die nicht meine Tante ist, ist meine Mutter. 2) Der Mensch, von dem die Rede ist, ist mein Sohn. 3) Das Kind ist meine Schwester. 4) Dieß Räthsel erklärt sich durch folgende Sippschaftstafel.



Die Weibspersonen B und D können von ihren Kindern E und F sagen, ihre Väter (A und C) sind unsere Brüder (*[1]).

(*) Glück l. c. §. 15.
(1) S. *Io. Cstoph Koch.* de success. ab intest. p. 289.

TIT. VII.

DE SERVILI COGNATIONE.

§. 645. Die Sklavenverwandtschaft wirkt kein Erbrecht.

Die Verwandtschaften der Sklaven (cognationes serviles) wirkten zwar ein Hinderniß der Ehe, aber kein Successionsrecht. Cognatio servilis nemlich heißt die, welche aus einem contubernio entsteht; wenn ein Sklave mit einer Sklavin in der Ehe lebt, und Kinder mit ihr zeugt. So lang sie in der Sklaverey waren, fiel das Successionsrecht von selbst weg. Wenn aber Sklaven mit ihren Kindern auch freygelassen wurden, so hatten sie doch kein Erbrecht im Vermögen der Kinder, die Kinder keins im Vermögen der Eltern, und keins unter sich, weder nach Civil- noch nach Prätorischem Recht.

§. 646. Justinians Verordnung.

Justinian hob dieses auf, und gab den freygelassenen Sklaven ein Successionsrecht auf die Verlassenschaft ihrer in der Sklaverey erzeugten Kinder; den Kindern auf die Erbschaft der Eltern, und den Geschwistern unter einander. Die Kinder gehen selbst dem Patron in der Succession vor.

TIT. VIII.

DE SUCCESSIONE LIBERTORUM.

§. 647. Der Patron erbt den Freygelassenen.

Nemlich Patron heißt der, welcher einen Sklaven freyläßt. Dieser wurde als der Vater und nächste Agnat des Freygelassenen angesehen, daher succedirte er auch demselben.

§. 648. Gesetz der 12 Tafeln.

Die Gesetze der 12 Tafeln ertheilten ihm schon dieses Successionsrecht. Denn sie sagten in der fünften Tafel: Si libertus intestato moritur, cui suus heres nec escit, est patronus patronive liberi escint: ex ea familia (nemlich des Freygelassenen) in eam familiam (des Patrons nemlich) proximo pecunia adduitor (das heißt, addicitor); die Verlassenschaft soll aus der Familie des Freygelassenen in die Familie des Patrons vererbt werden, und dem nächsten in dieser Familie zufallen.

§. 649. In welchem Fall erbt der Patron?

Wenn also ein Freygelassener starb, so succedirte 1) der Patron; war er aber schon todt, so succedirten 2) seine Descendenten, und zwar die nächsten allein; denn das Repräsentationsrecht fiel weg. Es wurde aber 3) vorausgesetzt, daß der Freygelassene ab intestato starb; denn machte er ein Testament, so konnte er den Patron ausschließen. Hatte auch 4) der Freygelassene suos heredes, so giengen diese dem Patron vor, weil er nur agnatus war, sui heredes aber die Agnaten ausschließen.

§. 650. Edict des Prätors.

Der Prätor änderte hierin verschiedenes. 1) Wenn der Freygelassene keine leiblichen Kinder hinterließ, so mußte er den Patron auf die Hälfte seines Vermögens einsetzen; sonst konnte dieser das Testament umstossen bonorum possessionem contra tabulas suchen. 2) Wenn der Freygelassene Adoptivkinder nachließ, und ab intestato starb: so konnte der Patron ebenfalls die Hälfte der Verlassenschaft fordern.

§. 651. Verordnungen des Papisch-Poppäischen Gesetzes.

Das Papisch-Poppäische Gesetz verbesserte das Successionsrecht der Patronen; indem es verordnete, daß jeder Freygelassene, er mochte nun mit einem Testament, oder ohne dergleichen sterben, wenn er weniger als drey Kinder, und ein Vermögen von wenigstens 100000 Sestertien hinterließ, dem Patron eine *portionem virilem* lassen solle; das heißt, wenn der Freygelassene z. E. zwey Kinder hatte, so bekam der Patron ein Drittel; hatte der libertus nur Ein Kind, so erbte der Patron die Hälfte des Vermögens. Wenn hingegen drey Kinder da waren, so bekam der Patron nichts. Betrug das Vermögen keine 100000 Sestertien, so glaubte man zu den Zeiten, da dieses Gesetz gegeben wurde, es sey für den Patron nicht der Mühe werth, mitzuerben.

§. 652. Justinians Verordnung.

Justinian aber verordnete, daß man folgendergestalt distinguiren solle: entweder hinterläßt der Freygelassene Kinder, oder nicht. Im ersten Fall succediren diese. Im letzten hingegen ist entweder der libertus wenigstens 100 aureos reich (centenarius est), oder nicht. Hat er 100 aureos im Vermögen: so succedirt der Patron nicht nur ab intestato, sondern der libertus muß ihm auch im Testament den dritten Theil des Vermögens hinterlassen. Hat er keine 100 aureos, so succedirt der Patron zwar ab intestato, aber durch ein Testament kann er ausgeschlossen werden (*[1]).

(1) Wer mehr von dem Successionsrecht des Patrons wissen will, findet es in *Heineccii* commentar. ad. L. Iul. et Pap. Popp. lib. 2. cap. 22.

TIT. IX. DE ADSIGNATIONE LIBERTORUM.

§. 653. 654. Was ist die Assignation eines Freygelassenen?

Nicht nur der Patron, sondern auch seine Kinder hatten ein Successionsrecht im Vermögen des Freygelassenen. Dieses Recht aber wurde zuweilen durch die Assignation des Freygelassenen eingeschränkt. Nemlich ein Patron, der mehrere Kinder, z. E. drey Söhne A. B. und C., und mehrere Freygelassene, z. E. X. Y. Z. hinterließ, assignirte zuweilen jedem Kind seinen eigenen Freygelassenen, dem Sohn A. den Freygelassenen X., dem B. den Y. und dem C. den Z. Nun hatte A. allein über den X. das Patronatrecht u. s. w.

Daraus folgte dann, 1) daß nun auch A. und seine Kinder allein dem Freygelassenen X., der B. und seine Kinder allein dem Freygelassenen Y. u. s. w. succedirten. 2) Die Brüder B. und C. hatten nur alsdann ein Successionsrecht auf die Verlassenschaft des X., wenn A. keine Kinder hinterließ, u. s. w.

TIT. X. DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

§. 655. Veranlassung der Bonorum Possession.

Das Successionsrecht gründet sich entweder auf die bürgerlichen Gesetze, oder auf des Prätors Edict. Wir haben bisher das bürgerliche Erbrecht abgehandelt, dieser Titel spricht vom Prätorischen. Der Prätor fand, daß das alte Römische Recht in manchen Stücken dunkel, unvollständig, oder unbillig war. Er nahm sich daher die Freyheit, es zu erklären, zu ergänzen und zu verbessern. Insonderheit gab er auch vielen Personen ein Erbrecht, die nach den Civilgesetzen dergleichen nicht hatten. Weil er aber dazu wirklich nicht berechtiget war, so versteckte er sich hinter ein Wort. Er nannte das Erbrecht, welches er ertheilte, nicht ius hereditarium, nicht ius succedendi, sondern *bonorum possessionem* (*). Die neueren Gesetzgeber ahmten den Prätor nach, und gaben unter demselben Namen manchen Personen ein Erbrecht, welche nach den alten Gesetzen keins hatten (*1).

(*) Ueber das Eigentliche dieser Prätorischen Anordnung, besonders aber über die Rechtmäßigkeit derselben, ist unter den Rechtsgelehrten sehr gestritten worden. Man sehe unter andern *I. Richei* vindiciae Praetoris Romani §. 10. Koch §. 2. in der in fortg. Note angef. Schrift. Glück l. c. §. 67. W.

(1) Die neueste und vorzüglichste Schrift über diese Materie ist: J. C. Koch's Bonorum possessio; Litterärisches Testament nebst Commentar, Revision und Codicill. Gießen 1799; worin man auch die übrigen Schriftsteller cum elogiis ange-

angeführt findet. Unter den ältern ist hauptsächlich *Marauus* in paratitl. ad pand. lib. 37. tit. 4. sqq. zu empfehlen.

§. 656. Erklärung derselben.

Bonorum possessio ist also ein Recht, welches der Prätor, oder ein neues Gesetz, nach des Prätors Muster, auf eine Verlassenschaft ertheilt. Ich sage, es ist ein Recht auf eine Erbschaft. Dieses Recht besteht (S. die 42. Tabelle) entweder in einem wirklichen Successionsrecht, in dem Recht, eine Erbschaft zu haben und zu behalten, das nur den Namen *ius hereditarium, ius succedendi* nicht führet; oder es ist blos das Recht, eine Verlassenschaft, auf die ich ein vermuthliches Erbrecht habe, zu besitzen, und die Alimente daraus zu ziehen, so lang, bis ein jetzt zweifelhafter Umstand ausser Zweifel gesetzt werden wird. Im ersten Falle nennen es einige Juristen bonorum possessionem *perpetuam*, im letzten *temporalem*. Z. E. wenn der Prätor den emancipirten Kindern bonorum possessionem giebt, so ist es eine perpetua. Denn sie bekommen ein wahres Erbrecht, das in seinen Wirkungen vom iure hereditario civili gar nicht verschieden ist. Wenn hingegen jemand stirbt, und eine schwangere Wittwe vorhanden ist, deren noch ungebohrnes Kind, wofern es schon gebohren wäre, des Verstorbenen Erbe seyn würde: so bekommt die Wittwe, der venter, wie die Römischen Juristen sagen, bonorum possessionem *ventris nomine*, um die Alimente zu ziehen, so lange bis man sieht, ob sie ein lebendiges Kind zur Welt bringt. Man bestellt aber zugleich einen Curator, welcher ein Inventarium über die Erbschaft macht, das Vermögen verwaltet, und der Wittwe alles Nöthige, Essen, Trinken, Kleidung, Bedienung, Wohnung rc. verschafft; *curatorem ventris*. Dieß ist also eine *bonorum possessio temporalis* (*1). Eine zweyte hat in folgendem Fall Statt. Wenn einer stirbt, und ein unmündiges Kind hinterläßt, welches bisher von jedermann für sein wirkliches eheliches Kind ist gehalten worden, dem aber jetzt die Verwandten dieses bezweifeln wollen: so kann das Kind bitten, daß man es in den Besitz des väterlichen Vermögens setze, bis es mündig ist, und sich erbieten, nach erreichter Mündigkeit den Proceß mit den Verwandten auszumachen. Diese bonorum possessio heißt *ex edicto Carboniano* (*2).

(1) Man s. davon *Stryk* tract. de success. ab intest. diss. IX.

(2) Bey den Classikern findet man eine Eintheilung der B. P. in *edictalem* und *decretalem*. L. 1. §. 7. de successor. edict. L. 1. §. 4. und. lib. L. 30. §. 1. de A. vel O. H.; ob aber dieß verschiedene Gattungen der B. P. und wie sie unterschieden waren, ist sehr bestritten. Insgemein heißt es, die decretalis sey die B. P. welche nur nach geschehener causae Cognition, die edictalis, welche ohne eine causae Cognition ertheilt werde. *Vinn.* ad. §. 3. h. t. Andere, z. B. *Heineccius* ad *Vinn* l. c. *Koch* Bonor. Posses. § 6 und Glück. in der Intest. Erbf. §. 70. sagen, die edictalis ist die perpetua, die decretalis die

temporalis. Ich zweifle, ob sich dieser Punct je aufs Klare wird bringen lassen, und am Ende ist auch wohl wenig daran gelegen. Noch eine Gattung von temporeller B P. ist die oben (§. 543.) angeführte, welche der Curator eines Blödsinnigen erhält. Andere erzählt *Giphanius* in explanat. difficil. LL. cod. (Colon. 1614. 4.) Tom. 2 p. 16.

§. 657. Sie ist entweder vom Prätor gegeben, oder vom Civilgesetz.

Die bonorum possessio gründet sich entweder a) in dem Edict des Prätors, oder b) in einem neuen Gesetze; einer neuen lege, einem neuen Senatusconsult, einer Kaiserlichen Verordnung. Die meisten bonorum possessiones gründen sich im Prätorischen Edict, und diese nennt man *ordinarias*. Aber die neuern Gesetzgeber haben zuweilen den Prätor nachgeahmt und ebenfalls bonorum possessiones ertheilt, welche extraordinariae genannt worden. Z. E. K. Hadrian ertheilte durch eine Verordnung den Verwandten eines Soldaten, der wegen eines militärischen Verbrechens zum Tode verurtheilt wird, bonorum possessionem. So hat man bonorum possessiones ex lege Papia, lege Cornelia, SCto Aproniano (*[1]). — Hauptsächlich und ihrem ersten Ursprunge nach ist nun die bonorum possessio denen zu Gute eingeführt, welche sonst nach dem Civilrechte keinen Anspruch auf die Erbfolge haben würden. Der Prätor gab aber dem Edicte die Ausdehnung einer allgemeinen Erbfolgeordnung, und nahm auch wirkliche Civilerben mit darin auf. Man lese hierüber vorzüglich Pr. §. 1. und 2. I. h. t. Der Civilerbe kann also wegen mancher damit verbundenen Vortheile auch auf diesem Wege sein Erbrecht verfolgen (§. 663.), und die B. P. ist also nach einer sich hierauf gründenden Eintheilung entweder *necessaria*, ohne welche gewissen Personen sonst gar kein Recht zur Nachfolge zukommen würde; oder *utilis*, deren sich diejenigen bedienen können, die auch ausserdem schon nach der Regel des Civilrechts ein Successionsrecht haben (*). W.

(1) *Vinnius* ad §. 3. h. t. n. 1. Justinian nennt §. 2. h. t. die zehn Prätorischen bonorum possessiones: contra tabulas, secundum tabulas, unde liberi, unde legitimi, unde decem personae, unde cognati, tamquam ex familia, unde patroni, unde vir et uxor, unde cognati manumissoris, *ordinarias* und §. 3. die B. P. ex legibus, senatusconsultis, constitutionibus Principum ein *extraordinarium auxilium*. Allein wohin gehören die B. P. temporales, z. E. ex edicto Carboniano, ventris nomine etc.? *Vinnius* l. c. zählt sie zu den extraordinariis.

(*) *Koch* l. c. §. 18. und von den mit der bonor. possess. verknüpften Vortheilen, z. B. daß sie oft leichter und kürzer zum Ziele führt, ibid. §. 29.

§ 658. Ferner entweder contra, oder secundum tabulas; entweder cum re oder sine re.

Die B. P. welche gegeben wird, wo ein Testament vorhanden ist, heißt *bonorum possessio facto testamento*, oder *testamentaria*, oder auch *ex testa-*

mento, die, welche der Prätor giebt, wo keins ist, *B. P. ab intestato.* Jene ist entweder *contra tabulas* oder *secundum tabulas.* Wenn der Prätor einem B. P. giebt, der durch ein Testament ausgeschlossen ist, so heißt sie contra tabulas (*[1]). Giebt er sie hingegen dem im Testament eingesetzten Erben, so ist sie secundum tabulas. Zuerst giebt der Prätor gewissen Personen B. P. contra tabulas. Wenn aber der, dem sie zusteht, nicht darum bitten will, oder nicht in der gehörigen Frist darum bittet, so giebt nur der Prätor dem im Testament eingesetzten Erben B. P. secundum tabulas.

Zuweilen hat die B. P. keine Wirkung; *sine re est*: dahin gehört, wenn dem, der sie erhalten hat, ein Anderer die Erbschaft aus dem Civilrecht wieder abstreitet (*[2]); wenn einer B. P. erhält, der unter einer Bedingung eingesetzt ist, die Bedingung aber nachher deficiret. Wenn ein Enterbter non suus B. P. litis ordinandae gratia erhalten hat, die querelam inofficiosi darauf anstellt und den Proceß verliert (*[3]).

(1) Auch contra lignum L. 19. de B. P. c. t. weil die Alten manches auf hölzerne Tafeln schrieben. Eine Art von B. P. contra tabulas, oder wenn man will, ex edicto unde liberi (§. 662.) ist die bonorum possessio *litis ordinandae gratia.* Sie wird von den emancipirten Kindern gebeten, wenn sie querelam inofficiosi anstellen wollen. Niemand gedenkt ihrer namentlich als Ulpian, oder vielmehr der von ihm angeführte Papinian in der L. 8. pr. D. de inoff. testam. Von der Sache selbst ist auch in L. 6. §. 2. D. und L. 2. C. ibid. die Rede. Ueber ihren eigentlichen Zweck ist viel geschrieben worden. *Averan.* interpret. lib. 1. cap. 8. hat meines Erachtens die Sache am besten vorgestellt. Da der Emancipirte nach den Civilgesetzen kein Erbrecht hat, so kann er auch keine querelam inofficiosi anstellen. Um sich also zu dieser Klage zu qualificiren, muß er jene B. P. bitten. Man s. auch *Retes* de inoff. testam. cap. 20. in *Meermann.* thesaur. Tom. 6. p. 533. *Noodt* ad Pand. tit. de inoff. test. p. m. 157. *Schulting* diss. de testam. reciss. comm. acad. Tom. I. p. 278. sqq. *Hofacker* princ. iur. civ. §. 1647. Eine ganz andere Meynung von dieser B. P. hat *Westphal* diss. de condit. potest. instit. liberor. adiecta Halae 1758. §. 7. — — Nämlich, daß Ulpian das interdictum quorum bonorum darunter verstanden habe. Er ist aber in der Folge von dieser Erklärung selbst wieder abgegangen, wie seine Theorie von Testamenten §. 1018. zeigt. Uebrigens erhält man mit dieser B. P. noch gar keinen Besitz der Erbschaft, cit. L. 2. C. de inoff. testam. Sie dient nur dazu, den enterbten non suum in die Lage eines sui heredis zu versetzen, damit er nun als solcher die querela inoff. anstellen könne, wozu er sonst kein Recht hatte (§. 529.). Sie ist daher in der That eine Art der B. P. unde liberi (§. 662.), obgleich ein Testament des Verstorbenen die Veranlassung dazu giebt, in welchem Betrachte sie auch nicht ohne Grund in der 42sten Tabelle als dritte Species der den Fall eines Testaments betreffenden B. P. vorkommt. Man sehe übrigens *Koch* Bonor. possess. §. 10. W.

(2) *Ulpian.* tit. 23. §. 6. Si septem signis testium signatum sit testamentum; licet iure civili ruptum vel irritum factum sit, Praetor scriptis heredibus

iuxta tabulas bonorum possessionem dat, si testator et civis Romanus et suae potestatis, cum more etur, fuit; *quae bonorum possessio cum re, id est, cum effectu habetur,* si nemo alius iure heres sit. Und Tit. 28. §. 13. Bonorum possessio aut cum re datur, aut sine re Cum re, si is, qui accepit, cum effectu bona retineat; sine re, cum alius iure civili evincere hereditatem possit. Veluti si suus heres intestato sit, bonorum possessio sine re est (wenn sie ein Agnat oder Cognat erhalten hat), cum suus heres evincere hereditatem iure legitimo possit. Nemlich die B. P. *ab intestato* wurde vom Prätor jedem, der sich als Berechtigten dazu nicht ohne alle Glaubwürdigkeit angab, ohne weitere Untersuchung gegeben. Wenn ich sie aber erhalten hatte, und ein Anderer zeigte, daß ich entweder a) gar nicht Intestaterbe sey, oder b) nach der im Edict festgesetzten Ordnung (§. 661.) nicht der Nächste, oder c) daß er eben so nahe sey, als ich; so blieb jene B. P. ganz oder zum Theil, ohne Wirkung. Die bonorum possessionem facto testamento, und zwar secundum tabulas, giebt der Prätor, sobald ihm ein Testament, das von 7 Zeugen untersiegelt ist, vorgelegt, und gezeigt wird, daß der Testirer zur Zeit des Absterbens Römischer Bürger und paterfamilias war. Nun kann aber Jemand kommen und das Testament aus dem Civilrecht anfechten, es als nullum, inofficiosum, ruptum oder irritum angreifen. Und jetzt kommt es weiter darauf an, ob der Prätor diesem nach dem Civilrecht unhaltbaren Testament in seinem Edict Beystand versprochen hat, oder nicht. Ist jenes, so hat die ertheilte B. P. ihre Wirkung; ist aber dieses, so bleibt sie ohne Effect, sine re. — — In wie fern nun in einzelnen Fällen das eine oder das andere eintrete, und überhaupt bald der bonorum possessor dem Civilerben, bald dieser dem vermeynten prätorischen Nachfolger vorgehe, bald unter beyden, so wie auch unter mehreren Civil- oder Nichtcivilerben eine Concurrenz Statt findet, oder Einer dem Andern vorgeht, hängt natürlich von den nähern Bestimmungen des Edicts, und der darauf weiter ergangenen Gesetze ab, wie die Folge weiter zeigen wird. Die Frage: Wer in der Collision vorgehe, der Civilerbe oder der bonorum possessor? läßt sich wohl im Allgemeinen weder für den einen noch für den andern beantworten; sie ist eine quaestio domitiana, da der Prätor, wie schon §. 657. bemerkt worden ist, die Civilerbfolge weder ganz abgeschafft, noch ganz beybehalten hat, confirmavit, correxit, supplevit; folglich versteht sich von selbst, daß hier Fälle der Concurrenz und gegenseitige Ausschließung von jeder Art vorkommen müssen. Man sehe indessen Hugo Civ. Magaz. I. 3. 258. Rechtsgeschichte §. 163. 169. Koch Bonor. poss. §. 28. W.

(3) L. 2. §. 1. L. 6. de B. P. s t. *Averan.* interpr. lib. 1 cap 8. n. 17. — — Koch Bon. poss. § 19. unterscheidet überhaupt vier Fälle 1) bonorum possessio, welche anfangs cum re ist und es auch bleibt, so auch 2) gleich anfangs und in der Fortdauer sine re, 3 B P. ab initio cum re et postea sine re, 4) ab initio sine re et postea cum re. Vorläufig bemerkt er: „daß res die Erbschaft bedeute, sey von selbst klar.“ Das ist es nun wohl nicht, sondern nach den deutlichen, in der vorigen Note angeführten Worten Ulpian's bedeutet der Ausdruck res hier nur die volle Wirksamkeit der vom Prätor verliehenen b. p. nicht die Erbschaft selbst, welche vielmehr nur das Object der b. p. ist. Die letztere ist cum re, wenn sie wirksam bleibt, sine re, wenn derjenige, dem der Prätor sie anfangs gegeben hat, in der Folge den stärkern und vorzüglichern

Rechten eines Andern weichen muß. Hieraus ergiebt sich klar, daß es widersprechend sey, eine b. p. cum re anzunehmen, die es nicht immer bleibt, und eine b. p. sine re, die nachher cum re wird. Was aber besonders die b. p. litis ordinandae gratia betrifft, so war sie ein bloß präparatorisches Rechtsmittel, wobey alles auf den Ausgang querelae inofficiosi testamenti ankam. Gewann der Enterbte den Prozeß, so bekam er die Erbschaft, nicht sowohl als bonorum possessor, sondern vielmehr nur vermöge gedachter Querel als wahrer Civilerbe, obgleich er beneficio praetoris zu jener Querel fähig geworden war. Wollte man ihn aber auch als einen Prätorischen Nachfolger betrachten, so würde sich doch, so lange der Prozeß wegen des pflichtwidrigen Testaments nicht entschieden ist, überhaupt nicht sagen lassen, ob jene B. p. cum re oder sine re sey. Gewinnt ihn der Enterbte, so war und blieb sie immer cum re, nicht aber war sie, wie der angeführte Averani und mit ihm Koch die Sache vorstellt, ab initio sine re, weil er ja Niemanden weichen mußte. Verliert er aber den Prozeß, so war und blieb sie sine re. Man sehe hierüber weiter nach Glück l. c. §. 71 und 76. vergl. auch die Jen. allgem. Litt. Zeit. vom Jahr 1799 Nro 322. Daß übrigens die b. p. litis ordinandae gratia nach dem Rechte der Novellen 115 und 118. den emancipirten Kindern zu jenem Zwecke nicht mehr nöthig sey, bemerkt Koch l. c. §. 30. nicht ohne Grund. W.

§. 659. Fälle der B. P. contra tabulas.

Die B. P. contra tabulas ist nach Verschiedenheit der Fälle bald necessaria, bald nur utilis. Sie wird 1) den Kindern gegeben, wenn sie im Testament ihres Vaters übergangen oder nicht förmlich enterbt sind. Die *sui*, wenigstens die Söhne, haben sie der Regel nach nicht nöthig, denn sie können das Testament aus dem Civilrecht bestreiten. Anders verhielt es sich mit den Emancipirten, die aber doch auch nach der Novelle 115. nicht mehr auf diese B. P. allein eingeschränkt sind (§. 527. und 529.). 2) Dem Patron, wenn ihn der libertus übergangen hat (*[1]) (§. 650.); und daher erhält sie auch 3) der Vater, als *manumissor*, gegen das Testament seines emancipirten Sohnes, worin er präterirt ist (*[2]).

Vorzüglich merkwürdig sind, die Bonorum possessiones, welche selbst den suis, und das auch noch heutzutage, nöthig sind, um eine Erbschaft zu erhalten. Dahin gehören folgende Fälle: 1) Ein Sohn ist im Testament übergangen, der andere Sohn und ein fremder Erbe sind eingesetzt; der übergangene Sohn will aber das Testament nicht angreifen. Hier kann der eingesetzte Sohn im Namen und statt seines Bruders B. P. c. t. suchen, um den fremden Erben auszuschließen, und die Erbschaft allein zu bekommen. L. 3. §. 10. und 11. L. 4. §. 3. L. 10. §. ult. D. de B. P. c. t. 2) Ein Vater macht ein Testament, setzt seine Kinder und zugleich einen fremden Erben ein, er bekommt einen postumum; das Testament wird also rumpirt. Der postumus stirbt aber wieder vor dem Testator. Um den fremden Erben auszuschließen,

müssen die eingesetzten Kinder B. P. contra tabulas suchen. L. 3. §. 11. L. 4. §. 3. cit. (*3).

(1) L. 1. §. 2. L. 2. pr. L. 3. §. 10. D. de bon. libert.

(2) Tot. tit. Pand. si quis a parent. manumiss. Zuweilen konnte der Vater in diesem Fall durch die B. P. nicht das ganze Testament umwerfen. Wenn der Sohn eine schändliche Person eingesetzt hatte, so fiel das ganze Testament um; war aber eine ehrliche Person zum Erben ernannt, so wurde die B. P. nur auf den Pflichttheil gegeben. L. 3. D. d. t. Uebrigens konnte der Vater auch als Vater querelam inofficiosi gegen das Testament seines emancipirten Sohnes anstellen. Wenigstens will man dieß aus der L. 1. §. ult. D. eodem beweisen, und wenn das richtig ist, so hat dann auch nach dem Recht der Nov. 115. cap. 4. der Vater jene B. P. nicht mehr nöthig, sondern er kann querelam inofficiosi oder nullitatis ex Nov. 115. anstellen.

(3) Der Prätor giebt zwar in dem Fall, wenn der im Testament übergangene Sohn das Testament nicht anfechten will, desgleichen wenn der nicht eingesetzte postumus vor dem Testator gestorben ist, B. P. secundum tabulas (§. 660.). Allein in den oben angeführten beyden Fällen giebt es doch auch zum Vortheil der Kinder B. P. contra tabulas. Wollen diese nicht darum bitten, oder lassen sie die vorgeschriebene Jahresfrist ohne zu bitten verstreichen, so kann nun der mit eingesetzte fremde Erbe um die B. P. secundum tabulas einkommen. — — Man vergleiche überhaupt bey diesem §. Koch Bonor. poss. §. 8. und 30. n. II., welcher besonders in dem hier zuletzt angeführten zweyten Falle das Gegentheil behauptet, weil ein vor dem Testirer verstorbenes Kind die b. p. c. t. nicht bekommt, mithin auch die übrigen aus der Person dieses postumi solche nicht erlangen können, um den eingesetzten fremden Erben zu verdrängen, daher bloß b. p. sec. t. Statt finden kann. Es ist auch nicht zu läugnen, daß cit. LL. 3. §. 11. und 4. §. 3. de B. P. c. t. die von dem Verfasser mit mehrern Rechtsgelehrten angenommene Meynung nicht begünstigen. Dagegen aber kommt hier noch ein anderer merkwürdiger Fall in Betrachtung, dessen in der berühmten L. 12. §. 1. D. de b. p. c. t. Erwähnung geschieht. Jemand hinterläßt zwey Testamente, wovon das ältere in der Form vollständig (iure factum), das jüngere mangelhaft (imperfectum) ist. Im ersten wird der Sohn des Testators gültig enterbt, im zweyten aber ganz übergangen. Hier giebt das Gesetz dem Sohne b. p. c. t. gegen das zweyte Testament, jedoch nur in dem Falle, wenn der darin eingesetzte Erbe, sobald der Sohn bey Seite gesetzt wird (remoto filio), die Erbschaft würde erhalten können. Denn alsdann ist das erste Testament durch das zweyte für aufgehoben zu achten. Dieß läßt sich allerdings vermöge L. 2. D. de iniusto rupto etc. (vergl. L. 21. §. 3 C. de testam.), alsdann annehmen, wenn in dem zweyten obgleich an sich mangelhaften Testamente ein Verwandter eingesetzt worden ist, der, wenn der Sohn nicht vorhanden wäre, ab intestato erben würde (§. 463.), da sonst das einmal gültig gemachte Testament durch ein zweytes, aber unvollkommenes, nicht aufgehoben wird, folglich es bey der Enterbung des Sohns verbleiben würde. Koch in dem der bon. poss beygeführten Commentar über die L. 12. §. 1. D. de b. p. c. t. hat noch manche andere Erklärungen dieses Gesetzes angeführt. Er selbst hält aber dafür, daß auf das persönliche Ver-

hältniß des im zweyten Testamente eingesetzten Erben hier gar nichts ankomme — (und gleichwohl nimmt doch Cajus nicht undeutlich den Grund seiner Entscheidung von diesem zweyten Erben her) — sondern daß die Zulässigkeit der b. p. c. t. gegen das zweyte Testament nur davon abhange, daß bey diesem doch die Prätorische Testamentsform beobachtet worden — wiewohl alsdann der Ausdruck des Gesetzes, welcher dieß gar nicht zu erkennen giebt, sehr unvollständig seyn würde. — Daß übrigens durch die b. p. c. t. nemlich als necessaria betrachtet (denn da, wo sie blos als utilis vorkommt, ist das Testament schon nach dem Civilrecht ungültig), das Testament rescindirt wird, und daher die Intestaterbfolge eintritt, erhellet aus L. 1. pr. D. de legat. praest. L. 17. C. de collat. und L. 4. C. de lib. praet. *Averanius* interpr. I. 7. und mit ihm *Hofacker* princip. iur. civ. §. 1639. sind zwar anderer Meynung; man sehe aber dagegen Koch l. c. §. 8. pag. 124. Glück l. c. §. 8. b. b. pag. 29. W.

§. 660. Fälle, worin B. P. secundum tabulas Statt findet.

Die B. P. secundum tabulas kommt ebenfalls theils als nöthig, theils als blos nützlich vor, und hat in folgenden Fällen Statt: 1) wenn ein Testament vorhanden war, das sieben Zeugen untersiegelt hatten so gab der Prätor dem darin ernannten Erben B. P., obgleich die alte Methode zu testiren per aes et libram nicht beobachtet worden war. Also das Testament mußte schriftlich seyn: aus mündlichen Testamenten gab der Prätor anfangs keine B. P. Nach den neuern Gesetzen fällt diese B. P. weg. Denn ein Testament erfordert mehr Sollennitäten, als das Untersiegeln der sieben Zeugen (*[1]).

2) Wenn ein postumus suus (d. i. Jemand, der nach der Errichtung des Testamentes in die väterliche Gewalt des Testators gekommen ist) präterirt ist, aber vor dem Testator stirbt. Nach den Civilgesetzen war das Testament durch den Postumus ruptum geworden, und blieb es, obgleich der Postumus starb. Der Prätor aber gab B. P. secundum tabulas. Denn warum sollte es nicht gelten, da der Postumus, um dessen willen es ungültig geworden war, nicht mehr existirte (*[2])?

3) Ein schon zur Zeit der Testamentsverfertigung gebohrner Sohn ist übergangen, das Testament ist also null. Nach den Civilgesetzen blieb es auch null, wenn der Sohn gleich von der väterlichen Erbschaft abstinirte. Der Prätor aber verspricht, B. P. daraus zu geben (*[3]).

4) Wenn ich meinen Sohn im Testament überging, so war es null; gesetzt auch, daß der Sohn in die Präterition einwilligte. Denn die Erbverträge waren durchaus bey den Römern verboten. Man konnte also keiner Erbschaft bey Lebzeiten des Erblassers gültig entsagen. Allein der Prätor gab bonorum possessionem aus diesem Testament (*).

5) Ein Testament, das einmal irritum geworden war, blieb, einige Fälle ausgenommen, nach den Civilgesetzen allezeit irritum. Der Prätor er:

kläre aber: wenn ein Testament durch die Capitis Deminution des Testators irritum geworden, der Testator indessen vor seinem Absterben wieder ein Römischer Bürger und homo sui iuris geworden sey, so wolle er B. P. aus dem Testament geben.

6) Ein erstes Testament wird durch ein zweytes aufgehoben. Und wenn der Testator auch nachher gleich das zweyte wieder zernichtet, in der Absicht, daß das erste gelten solle, so bleibt dieß doch nach dem Civilrecht ungültig. Der Prätor giebt aber den eingesetzten Erben B. P.

7) Wenn sich zwey Testamente mit einerley Datum finden, und man nicht weiß, welches das neueste sey: so gilt nach dem bürgerlichen Recht keins von beyden: der Prätor giebt aus beyden bonorum possessionem.

8) Wenn ein Erbe unter einer affirmativen Bedingung eingesetzt ist, die entweder nicht in seiner Gewalt steht, oder die er doch nicht sogleich erfüllen kann: so kann er um bonorum possessionem bitten, zu dem Ende, daß er die Erbschaft als curator einstweilen administriren darf. Er muß aber Caution stellen, daß er sie, im Fall die Bedingung nicht erfüllt wird, wieder herausgeben wolle. Alle diese bonorum possessiones sind noch heutigestages in Uebung, und wer zur Erbschaft gelangen will, muß zu diesem Prätorischen Hülfsmittel seine Zuflucht nehmen. Es ist also grober Irrthum, wenn man sich einbildet, daß die Lehre von der B. P. keinen praktischen Nutzen habe (* 4).

(1) Man sehe hiebey §. 438 439. *Stryk* de success. ab intest. diss. 9. cap. 4. § 51. *Turin* diss. de bonor. possessionibus, praesertim usu earum hodierno, §. 8. — B. p. sec. t. wird auch von Ulpian genannt: *adversus* tabulas, fragm. XXVIII. 1. vergl. XX. 14. *Schulting* iurisprud. anteiust. p 631. 671. Eigentlich und nach der ersten Bestimmung des Edicts beziehen sich b. p. sec. und contra tab. auf schriftliche Testamente, wie das auch der Ausdruck tabulae mit sich bringt. Indeß konnte es wohl nicht fehlen, daß man nach billiger Auslegung auch bey mündlichen Testamenten gleiche Hülfe des Prätors anwendlich fand. Von der b. p. *secundum* nuncupationem ist schon in L. 8. §. 4. D. de b. p. sec. t. die Rede; auch in L. 2. C. eod. und L. 8. pr. C. de codicill. kommt sie vor. „Aber, fügt Koch bon. poss. pag. 241. hinzu, von einer b. „p. *contra* nuncupat. findet sich weder in dem ganzen corp. iur. civ. noch außer „demselben bey einem Classiker in den Fragmenten eine Stelle oder mindeste „Spur." Das Gegentheil erhellt jedoch ganz bestimmt aus der L. 1. C. de b. p. c. t. (VI. 13.) Auch darin kann man ihm nicht beypflichten, wenn er pag. 255. behauptet, daß b. p. sec. t. aus einem von 7 Zeugen nur besiegelten Testamente noch fortdauernd Statt finde, obgleich die neuern Constitutionen ausdrücklich zur Gültigkeit des Testaments auch die Unterschrift der Zeugen erfordern. Allerdings ist jene Prätorische Form durch die neuern Constitutionen abgeschafft, und gegen diese kann das ältere Prätorische Recht ein mangelhaftes Testament nicht aufrecht erhalten. Sonst ist der angeführte Rechtsgelehrte l. c. §. 9. u. 22. zur nähern Erläuterung dieser b. p. vorzüglich nachzusehen.

Westen-

Westenberg Dig. XXXVII. 11. 14. bemerkt im Allgemeinen richtig: datur haec b. p. *emendandi* iuris gratia iis, qui iuris subtilitate heredes esse non poterant (necessaria), *confirmandi* gratia reliquis omnibus in testamento recte heredibus institutis. l. h. t. W.

(2) Der postumus muß aber noch bey Lebzeiten des Testators gebohren werden und auch wieder sterben; denn wird er erst nach des Testators Tode gebohren, und stirbt wieder, so erhält der Prätor das Testament nicht. Auch in dem Fall, wenn der postumus bey Lebzeiten des Testators gebohren wird, und nach dessen Tode stirbt, findet die b. p. nicht Statt: denn der postumus ist ipso iure Erbe, und transmittirt die Erbschaft auf seine Erben. *Vinn.* ad §. 6. h. t. n. 2.

(3) L. 17. D. de iniust. rupt. et irr. test. *Vinn.* ad pr. I. de exhered. lib. n. 7. *Averan.* lib. 1. interpret. cap. 10. et 11. Wie aber, wenn der im Testament übergangene Sohn vor dem Testirer starb, gab jetzt der Prätor auch bonorum possessionem aus dem Testament? Davon findet sich keine Spur. Indessen wollen doch verschiedene Rechtsgelehrten auch hier die bonorum Possession Statt finden lassen. Man s. Strube rechtl. Bed. 1. Band 313. S. und die dort angeführten Autoren. — — Mit diesem stimmt auch, besonders vermög L. 12. u. 17. D. de iniusto rupt. etc. testam. Koch B. P. pag. 362. 273. 438. überein. (Vergl. übrigens §. 525) W.

(*) Daß der Sohn schon bey Lebzeiten des Vaters in die Uebergehung hätte gültig einwilligen können, und der Prätor das Testament vermöge dieser Einwilligung auch gegen ihn sollte aufrecht erhalten haben, findet sich in keinem Gesetze bestätigt. Im Lehrbuche ist L. 6. §. 6. D. de b. p. c. t. an sich schon ganz unrichtig allegirt. In L. 8. §. 6. ibid. kam nicht sowohl die Einwilligung des Sohns, als eigentlich nur der Umstand vor, daß er die Enterbung im väterlichen Testamente selbst geschrieben hatte. Die von *Hofacker* §. 1640. n. 3. angeführten Gesetze L. 17. D. de iniusto, rupto etc. und L. 2. pr. D. de b. p. sec. t. reden bloß von der nach dem Tode des Vaters ausgeschlagenen Erbschaft, oder versäumten b. p., nicht von einer Verzichtleistung bey dessen Lebzeiten. Diese ist vielmehr den im §. angeführten Rechtsgrundsätzen zuwider, und kann auch schon arg. L. 35. §. 1. C. de inoff. test. dem eingesetzten Erben gegen den Sohn nicht zu Statten kommen. W.

(4) *Contii* tract. de hered. et bon. poss. in opp. p. 281. *Stryk* l. c. §. 1. sqq. *Reinharth* ad *Christin.* vol. 4. Obs. 1. sqq. *Turin.* diss. cit. §. 7. sqq.

§. 661. Gattungen der B. P. ab intestato.

Die B. P. ab intestato hatte vier Grade: 1) B. P. ex edicto unde liberi, 2) ex edicto unde legitimi, 3) ex edicto unde cognati, 4) ex edicto unde vir et uxor. Der Prätor ruft zur Succession zuerst die Kinder, und zwar die Emancipirten mit den suis, nach ihnen die Agnaten, und zwar den Näheren vor dem Entfernteren (vergl. §. 663.); alsdann die Cognaten, ebenfalls nach der Nähe des Grades; endlich die Ehegatten. Dieß ist die vom Prätor gesetzte Successionsordnung (in der Regel, denn es giebt einige Ausnahmen), wodurch denn die Intestaterbfolge des Civilrechts theils bestätigt,

theils abgeändert war. Nach dem alten Römischen Recht gab es noch mehr Arten der B. P. (*1), die aber Justinian abgeschafft hat.

(1) *Vinn.* ad §. 1. I. h. t. erklärt sie.

§. 662. Von der B. P. ex edicto unde liberi.

B. P. ex edicto unde liberi bekamen die emancipati; auch die sui, wenn sie wollten. Denn ob sie gleich nach den bürgerlichen Gesetzen succedirten, und folglich keine B. P. nöthig hatten: so gab sie ihnen der Prätor doch auch, wenn sie darum baten (vergl. d. folg. §.). Nach dem Recht der Novellen succediren die emancipirten Kinder so gut, als die sui, bedürfen also auch der B. P. nicht. Nur 1) wenn ein Enkel seines Vaters Erbschaft ausschlagen, und doch dem vor dem Vater verstorbenen Großvater succediren will, oder 2) wenn ein Enkel den Großvater erben will, dessen Vater die großväterliche Erbschaft ausgeschlagen hat, so muß er B. P. ex edicto unde liber. bitten (*1).

(1) L. fin. C. unde liberi (VI. 14.) L. 5. §. 2. D. si tab. testam. nullae extabunt. *Reinharth* l. c. obs. 5. *G. L. Boehmer* de discrim. suor. et emancipator. in success. intestati. §. 14. — Die angeführte L. fin. C. unde liberi ist aus L. 5. C. Th. de matern. bon. (VIII. 18.) mit einigen Abänderungen in Justinians Gesetzbuch übertragen, vergl. *Iac. Gothofred* comment. II. 690. Die b. p. welche hier den Enkeln zugestanden wird, ist also eine extraordinaria (§. 657.). Die Hauptabsicht geht dahin, die Kinder von der Schuldenlast des Vaters zu befreyen, und ihnen doch zur großväterlichen Erbschaft zu helfen. Koch B. P. §. 27. pag. 278. Eine Form des Gesuchs findet man bey *Boehmer* de act. II. 3. 25. Die in dem zweyten Falle den Enkeln beygelegte b. p. wird zwar von mehrern Rechtsgelehrten aus der L. 5. §. 2. cit. hergeleitet. Sie ist aber 1) dem Prätorischen Edicte, welches in ordine liberorum gleich dem ältern Civilrechte keine successio graduum zuließ (§. 664.), ganz entgegen. 2) Das angeführte Gesetz redet gar nicht von einem Sohn, der die väterliche Erbschaft ausgeschlagen hat, noch weniger von einer in Ansehung der Enkel nothwendigen b. p. sondern wie aus der Vergleichung mit pr. cit. L. erhellet, eigentlich von dem Falle, da ein emancipatus mit seinen in der Gewalt des Großvaters gebliebenen Kindern zur Erbschaft concurrirte, und also sein Antheil, da er selbst b. p. zur gehörigen Zeit nicht anerkannte, seinen Kindern iure accrescendi zu Gute kam. Dieß hat Koch B. P. §. 27. pag. 276. sehr einleuchtend erläutert, zugleich aber auch pag. 447. gezeigt, daß die Enkel, die von ihrem Vater ausgeschlagene großväterliche Erbschaft, wenn selbige keinem andern Miterben des Vaters zuwächst, nach Justinianeischem Rechte, schon als Civilerben erhalten, ohne der b. p. zu bedürfen. Vergl. auch dessen succ. ab intest. §. 102. W.

§. 663. Ex edicto unde legitimi.

B. P. ex edicto unde legitimi bekamen die Agnaten (*). Sie hatten zwar auch ein ius succedendi civile. Indessen konnten sie doch bonorum possessionem bitten; diese war also hier ursprünglich blos utilis, nicht necessaria (§. 657.). Die Ursache, warum der Prätor den suis und den Agnaten bonorum possessio-

nem gab, die sie doch nicht nöthig hatten, findet man bey den classischen Juristen und im Römischen Rechtsbuche nirgends angeführt. Die Neueren suchen sie darin, der Prätor habe den suis und Agnaten b. p. angeboten, damit es nicht scheinen möchte, er habe sie ausgeschlossen; oder er habe es gethan, um jene Personen an dem prompten Rechtsmittel, dem interdicto quorum bonorum, Theil nehmen zu lassen; oder weil es nützlich sey, mehr als einen Weg zur Erlangung einer Erbschaft zu haben; oder weil man durch die b. p. leichter als durch die mit vielen Feyerlichkeiten verbundene Cretion zur Erbschaft habe gelangen können; oder quia iustius possidere videtur, qui auctore praetore possidet; oder weil die Zeit, binnen welcher man die B. P. suchen kann, tempus utile ist (*[1]).

(1) *Balduinus*, *Merillius*, *Vinnius*, pr. I. h. t. *Huber* praelect. h. t. vergl. Koch B. P. §. 29.

(*) Und alle diejenigen, welche nach den suis ein Civilrecht hatten. L. 2. §. 4. L. 3. D. unde legitimi. §. 1. I. h. t. *Hopp.* comment. ibid. Die Erklärung im Lehrbuche ist durch einen kleinen Zusatz: agnati *et* omnes etc. zu berichtigen. Koch B. P. §. 13. Daß aber auch die sui heredes zu dieser B. P. unde legit. mit gehören, wie *Pothier* Pand. Iustin. Tit. unde legitimi n. 1. und mit ihm Glück von d. Intest. Erbf. §. 77. behauptet, ist nicht gegründet. Sie gehören als sui heredes unstreitig zur B. P. unde liberi. §. 1. I. h. t. L. 1. §. 2. D. Quis ordo etc. womit auch die für jene Behauptung angeführte L. 2. pr. D. unde legit. leicht zu vereinbaren ist (§. 664. Note 2.). W.

§. 664. Ex edicto unde cognati.

Das edictum unde cognati versprach den Cognaten im Falle, daß keine Agnaten vorhanden waren, bonorum possessionem. Doch mußten sie nicht weitläuftiger, als im sechsten Grade mit dem Verstorbenen verwandt seyn (§. 643.). — Diese B. P. gehörte bis zu Justinians Verordnung (§. 680. 2c.), wegen des den Cognaten sonst nicht zukommenden Erbfolgerechts, zu den nothwendigen (§. 657.) (*). — Der Prätor gab aber ausser diesem Allen noch ein Edict, welches besonders edictum successorium heißt. Nemlich im weitläuftigen Sinne heißt edictum successorium das ganze Edict, welches der Prätor über die Erbschaften gemacht hat. In eigentlicher und engerer Bedeutung hingegen versteht man darunter den Theil des Edicts, worin der Prätor festsetzt, daß unter denen, welchen er B. P. versprach, eine Folge (successio) zulässig seyn soll (*[1]). Es findet Statt 1) successio ordinum, 2) successio graduum, oder successio de capite ad caput (wiewohl dieser Ausdruck im Römischen Rechte auch successio ordinum bezeichnet L. 5. C. Qui admitti ad B P. VI. 9). Successio ordinum; wenn eine ganze Classe der Personen, welchen die B. P. zukommt, nicht darum bitten will, oder in der gesetzten Zeit nicht darum bittet, so wird die folgende Classe dazu gelassen, se-

quens ordo succedit in locum prioris. — Dieß kann auf zweyerley Art vorkommen: 1) wenn in dem vorhergehenden ordine keine erbfähige Person vorhanden ist, und daher die Erbfolge an die folgende Classe gelangt; 2) wenn eben dieses auch Statt findet, obgleich in dem vorhergehenden ordine ein Erbe vorhanden ist, welcher aber die Erbschaft ablehnt, oder vor deren Antretung stirbt, ohne daß eine Transmission derselben auf seine Erben eintreten kann. Jenes ließ auch das ältere Civilrecht allerdings schon zu (§. 634), und wird daher von Koch *successio ordinum civilis* genannt. Das zweyte hingegen gestatteten die Civilgesetze nicht. War also ein suus vorhanden, der aber von der Erbschaft abstinirte, so kam diese nicht an die Agnaten, und eben so traten auch die Gentilen nicht als Erben ein, wann der nächste Agnat die Erbfolge ablehnte, oder vor deren Antretung starb, sondern der Nachlaß fiel an das Aerarium oder den Fiscus. Dieß erklärt den Grundsatz: in legitimis hereditatibus successio non est. *Paull.* recept. sent. IV. 8. 23. *Ulpian.* fragm. XXVI. 5. Gegen diese Strenge des Civilrechts kam nun der Prätor auch hier mit der Folge der Classen zu Hülfe. Wenn daher z. B. B. P. ex edicto unde liberi von dem dazu Berechtigten nicht anerkannt war, so konnte B. P. unde legitimi gesucht werden, und so ferner (*2); dieß nennt daher Koch *successio ordinum praetoria.* — Die successio *graduum* besteht darin, daß, wenn derjenige, welcher in einer gewissen Classe dem Grade nach der Nächste ist, die B. P. nicht verlangt, oder die bestimmte Frist versäumt, so kann der dem Grade nach Folgende darum einkommen, sequens gradus succedit in locum prioris. Nach dem ältern Civilrecht fand sie gar nicht Statt: allein der Prätor ließ sie zu; doch nicht, wie Einige glauben, in jedem ordine intestati (**). Denn 1) in der ersten Classe der Kinder hat der Prätor nichts geändert (***); auch eigentlich 2) nicht in ordine agnatorum; denn der nächstfolgende Agnat ward nun, jedoch nicht als Agnat, sondern als Cognat zugelassen (§. 634). Hingegen 3) in der Classe der Cognaten, wenn der nächste nicht um die B. P. bat, ward successio graduum zum Besten des nächstfolgenden gestattet (****). Erst nach Justinians Verordnungen ist sie überall in jeder Classe der gesetzlichen Erben zuläßig (*****). Der Prätor erweiterte also das ältere Intestaterbrecht 1) dadurch, daß er solchen Personen B. P. gab, die nach dem Civilrecht gar nicht erben konnten, 2) noch ausserdem durch dieses successorische Edict.

(*) Man sehe weiter darüber nach Koch l. c. §. 14. 15. Glück §. 79.

(1) *Io. Theoph. Seger* de successorio edicto. Lips. 1769. vergl. jedoch Koch B. P. §. 27. Glück l. c. §. 41. 83. 84. 85.

(2) Diesem gemäß ward in L. 6. C. de legit. hered. rescribirt: defunctis, suis extantibus heredibus, et abstinentibus, vel repudiantibus hereditatem, frater iure consanguinitatis succedere potest. Vermöge des successorischen Edicts konnte auch Jemand sich selbst succediren. Wenn nemlich ein suus nicht in

der bestimmten Frist um die B. P. gebeten hatte, so konnte er noch als legitimus, als Agnat darum einkommen; und wenn er auch dieß in der gesetzlichen Frist versäumt hatte, konnte er noch als Cognat zur B. P. gelangen. L. 1. §. 10. u. 11. D. de success. edicto.

(**) Man sehe dagegen Glück l. c. §. 85.

(***) Einige Rechtslehrer haben zwar hier selbst nach dem Civilrechte eine successio graduum behaupten wollen, allein unrichtig. L. 4. §. 1. D. de B. P. c. t. Die scheinbar entgegenstehenden Gesetze L. 1. §. 8. D. de suis et legitim. L. 5. §. 2. und L. 7. pr. D. si tab. testam. null. ex tab. begünstigen, auch nach richtiger Erklärung derselben, jene Meynung nicht, wie Koch l. c. pag. 270. rc. gründlich gezeigt hat (vergl. §. 662.)

(****) §. 7. I. de legit. agnat. success. L. 1. §. 6. 10. D. de success. edicto. L. 1. 2. C. eod. *Vinnius* ad §. 4. I. h. t.

(*****) §. 7. I. de legit. agnat. success. Nov. 118. c. 1. Koch l. c. pag. 286. rc. und in der success. ab intest. §. 102.

§. 665. Ex edicto unde vir ex uxor.

Wenn gar keine Verwandte des Verstorbenen vorhanden waren, so bekam der überlebende Ehegatte B. P. ex edicto unde vir et uxor; nur mußte er in einer gesetzlichen Ehe (iusto matrimonio) gelebt, und diese bis zum Absterben des Erblassers fortgedauert haben. Diese B. P. ist noch heutigestages nöthig, wenn ein Ehegatte den andern erben will, der kein Erbrecht aus dem Rechte der Novellen herleiten kann (§. 702.) (*1).

(1) Nützlich wird es seyn, hier noch die Verschiedenheiten der Civil- und Prätorischen Erbschaft überhaupt anzumerken. Sie unterscheiden sich 1) in der Ordnung, wie einem die eine und die andere zu Theil wird. Nach dem Civilrecht hat die Intestaterbfolge nicht Statt, so lang die Erbschaft aus einem Testament angetreten werden kann. Der Prätor aber macht eine Ausnahme dieser Regel, indem er den emancipirten Kindern, welche im Testament übergangen sind, B. P. contra tabulas giebt. Erst, wenn diese die B. P. nicht suchen, oder ihr Recht versäumt haben, giebt er B. P. ex testamento (§. 659. 660. 2). Die B. P. ist von der Civilerbschaft unterschieden in Ansehung der Personen, welchen sie zukömmt. Der Prätor giebt vielen Personen B. P. sowohl ab intestato, als ex testamento, die nach dem Civilrecht nicht erben; ab intestato z. B. den Emancipirten, den Cognaten, den Ehegatten. Ex testamento, wenn entweder das Testament nach dem Civilrecht nicht gilt oder der Erbe wegen eines Hindernisses nicht antreten kann (§. cit. 3). Eine Civilerbschaft kann man der Regel nach antreten, wann man will. Wer sie nicht repudiiret, kann sie allezeit antreten (§. 548.). Die B. P. muß binnen einem Jahr oder binnen 100 Tagen gesucht werden (§. 665.). 4) Die Civilerbschaft kann ich nicht eher gültig antreten, als bis sie mir zugefallen (delata) ist. Die B. P. kann ich eher, ich kann sie pendente conditione suchen; suchen, wann noch einer dem Grade nach Näherer vorhanden ist; der Substitut kann sie suchen, ehe man weiß, ob der Institut erben werde, oder nicht (§. 658.). Dieß gilt auch in der Folge, wenn die Reihe wirklich an ihn kommt, als eine zur rechten Zeit geschehene Anerkennung der B. P. Daß er die Erbschaft selbst dadurch noch

nicht erhält, versteht sich von selbst. L. ult. C. Qui admitt. ad B. P 5) Mein Sklave kann die Civilerbschaft nicht ohne meinen Befehl antreten (§. 423.); bey der B. P. ist meine Genehmigung hinlänglich. 6) Eine Erbschaft kann nach dem Civilrecht nur von dem Erben selbst angetreten werden; um die B. P. kann auch der tutor, der curator oder ein Bevollmächtigter ꝛc. bitten (§ 513.). 7) Die Civilerbschaft kann Jemand ipso iure erwerben (§.536. ꝛc.); die B. P. wird nur dem gegeben, der darum bittet. L. 3. §. 3. D. h. t. L. 3. C. unde legit. 8) Jene kann aussergerichtlich angetreten, diese muß bey der Obrigkeit gesucht werden (coram magistratu petenda, accipienda, agnoscenda, amplectenda est. K. Constantin hat zwar L. ult. C. qui admitt. ad bon. poss. verordnet, daß man nicht mehr mit einer feyerlichen Formel, und gerade bey dem Prätor oder Präses um die B. P. zu bitten genöthiget seyn solle; allein gebeten, und zwar bey der Obrigkeit muß doch darum werden. §. 7. I. h. t. ibique *Vinn.* — Eigentlich ist nur die Erklärung, daß man die B. P. ergriffen haben wolle, agnitio B. P. nöthig, die aber, wenigstens der gemeinen Meynung nach, gerichtlich geschehen muß. Koch B. P. § 6 pag. 63. ꝛc. 9) Nur der, welcher B. P. erhalten hat, kann das interdictum quorum bonorum anstellen, wiewohl die mehrsten Rechtsgelehrten solches utiliter auch dem Civilerben beylegen. Koch l. c. §. 29. pag. 338. Alle diese Sätze findet man bey *Donell.* in commentar. iur. civ. lib. 7. cap. 14. weiter ausgeführt.

§. 666. Zeit, binnen welcher die B. P. gebeten werden muß.

Um die bonorum possessionem muß man, wie ich kurz vorher erinnert habe, bey der Obrigkeit bitten. Kinder und Eltern müssen binnen einem Jahr, andere Personen binnen 100 Tage darum bitten. Dieß sind aber tempora *utilia.* Die Zeit nemlich wird in den Römischen Gesetzen in tempus utile und continuum eingetheilt: 1) in Rücksicht auf ihren Anfang, 2) in Rücksicht auf den Lauf. *Tempus continuum ratione initii* heißt eine Zeit, die mir sogleich läuft, sobald ein gewisser Vorfall sich ereignet hat, ich mag nun Wissenschaft von dem Vorfall haben oder nicht. *Tempus utile ratione initii* heißt die Zeit, welche mir nicht eher zu laufen anfängt, als bis ich Nachricht von dem Vorfall habe, und mein Recht zu verfolgen im Stande bin. — Z. E. die hereditatis petitio civilis dauert 30 Jahre; diese aber fangen sogleich an zu laufen, sobald der Erblasser mit Tode abgeht, und dem Erben die Verlassenschaft zufällt, er mag nun das Absterben des Erblassers erfahren oder nicht. Die 30 Jahre sind also tempus continuum ratione initii. Hingegen die Zeit, binnen welcher die bonorum possessio gesucht werden muß, ist utile ratione initii. Denn sie fängt erst an zu laufen, wenn man Wissenschaft erhält, daß der Erblasser gestorben sey, und einem bonorum possessio zukomme (*[1]). *Tempus continuum ratione cursus* heißt ein Zeitraum, worin alle Tage gezählt werden, sie mögen Gerichtstage, oder Gerichtsferien seyn. *Tempus utile ratione cursus*, eine Zeit, worin nur die Tage gezählt werden, an denen Gericht gehalten wird, und man nicht gehindert ist, sein Recht geltend zu machen. Wenn z. E.

die Gesetze sagen, daß die Erbschaftsklage binnen 30 Jahren angestellt werden müsse: so werden 365 Tage für ein Jahr gerechnet, ohne darauf zu sehen, ob sie Gerichtstage oder Ferien sind, ob man gegenwärtig, oder abwesend sey. Hingegen wenn der Prätor sagt, man solle binnen 100 Tagen bonorum possessionem bitten, so zählt er nur die Gerichtstage; die Tage, an welchen kein Gericht gehalten wird, die Tage der Abwesenheit, werden übergangen. Jene Zeit ist also tempus continuum, diese tempus utile ratione cursus. Man sieht aus dem bisher Gesagten, daß die Zeit, binnen welcher B. P. gesucht werden muß, auf doppelte Art tempus utile ist, sowohl in Rücksicht des Anfangs, als in Absicht des Laufes. Es giebt aber auch Zeitfristen, die in Absicht des Anfangs, continua, in Rücksicht auf den Lauf hingegen utilia tempora sind; und umgekehrt giebt es tempora ratione initii utilia, ratione cursus continua, wie in den Pandecten gezeigt wird (*2). — Die B. P. ist übrigens, wie Koch sehr richtig bemerkt, weder durch die neuern Verordnungen Justinians, noch durch gemeine deutsche Gesetze gänzlich und überhaupt aufgehoben, sondern nur in manchen Stücken, vorzüglich durch die Novelle 118. in der gesetzlichen Erbfolge abgeändert worden. Sie gilt also in complexu, im Ganzen und überhaupt genommen, noch jetzt da, wo Römisches Recht gilt, wie denn auch schon im Vorhergehenden bey verschiedenen Fällen (§. 659. 660. 665.) die fortdauernde Anwendbarkeit derselben angeführt worden ist (*). W.

(1) Daher kann die B. P. noch gesucht werden, wenn die hereditatis petitio aus den Civilgesetzen schon verjährt ist. *Reinharth* ad *Christin.* vol. 4. obs. 7. *Koch* success. ab intest. §. 130. der aber in der Bonor. possess. §. 29. fin. pag. 342. die entgegenstehende Meynung angenommen hat. Vergl. jedoch Glück v. d. Intest. Erbf. §. 82. pag. 227. Allein auch umgekehrt, wenn A. bonorum possessionem erhalten, und B. sich daran versäumt hat, indessen B. Civilerbe ist, so kann er die Erbschaft verlangen, und die von A. erhaltene B. P. ist sine re.

(2) L. 1. 2. D. de divers. temporal. praescript. L. 2. pr. §. 1. 2. D. Quis ordo in possess. serv. L. 10 D. h. t. L. 6. C. Qui admitt. ad B. P. poss. Die beste Schrift von der Zeitberechnung überhaupt ist *Rücker* Diss. de civili et naturali temporis computatione in iure, die mit seinen observationibus und interpretationibus zu Leiden 1749. 8. herausgekommen ist. Man s. auch Glück Pandecten 3. Band, 496. u. f. f. Seiten. (§. 62. Not. 8.) — Von den Zeitfristen der B. P. aber besonders sind *Koch.* success. ab intest. §. 128 129. und Glück v. der Intestaterbfolge §. 82. nachzusehen. Daselbst auch von der dreyfachen Frist, welche den Kindern zu Gute kommt, und deren unrichtigen Anwendung auf die hereditatis petitio. Die bey der Civilerbschaft zulässige Transmission auf die Erben (§. 546.) findet hier nicht Statt. §. 5. I. h. t. Koch B. P. §. 6. pag. 71. W.

(*) Ausführlicher hiervon handelt *Koch* success. ab intest. §. 131. u. Bon. Poss. §. 30.

TIT. XI.
DE ADQUISITIONE PER ARROGATIONEM.

§. 667. 668. Was ist die Erwerbung durch Arrogation.

Der dritte modus adquirendi universalis ist die *adquisitio per arrogationem*, das ist, die Annehmung eines Menschen an Kindesstatt, der bisher sui iuris oder pater familias war (§. 145.). Nun hatte nach dem alten Römischen Recht ein filius familias kein Eigenthum. Wenn sich also ein homo sui iuris arrogiren ließ, so acquirirte der pater arrogator dessen ganzes Vermögen; die arrogatio war also ein modus adquirendi universalis. Sogar die Possession gieng ipso iure auf den arrogatorem über (*[1]).

(1) *Vinn.* ad §. 1. I. h. t. num. 1.

§. 669. Gewisse Rechte werden durch die Arrogation nicht erworben.

Weil aber diese Arrogation zugleich eine Capitis Deminution war, so bekam der arrogator die Rechte nicht, welche durch die Capitis Deminution zu Grunde giengen; das heißt, die iura personalissima. Dergleichen war 1) das Recht des Patrons auf operas officiales. Wenn nemlich der arrogatus Freygelassene hatte, die ihm operas officiales leisten mußten: so konnte der arrogator diese Dienste nicht fordern. In Ansehung der operarum artificialium oder fabrilium, die sich der Patron übrigens ausdrücklich versprechen lassen mußte (§. 82. §. 804.), ist ein Anderes zu behaupten 2) Das ius agnationis. Die Rechte, welcher der arrogatus als Agnat seiner Familie hatte; z. E. das Successionsrecht gieng nicht auf den arrogatorem über (*[1]). 3) Nach dem alten Recht gieng auch der usus und usufructus, der dem arrogato zustand, nicht auf den arrogatorem. Allein dieß hat **Justinian** abgeschafft §. 1. I. h. t.

(1) Doch s. *Vinnium* l. c. n. 2.

§. 670. Auch die Verbindlichkeiten gehen nicht auf den Arrogator.

Die Verbindlichkeiten des arrogati aber übernahm der arrogator auch nicht. Denn man sah sie ebenfalls als etwas ganz persönliches (personalissimum quid) an. Niemand kann actione personali belangt werden, als der, in dessen Person die Verbindlichkeit entstanden ist, und sein Erbe.

§. 671. Justinians Verordnungen.

Justinian änderte Verschiedenes in dieser Lehre. Er verordnete: 1) der arrogator solle nur den Nießbrauch von dem Vermögen des arrogati bekommen; denn da der leibliche Vater, in Ansehung des peculii adventitii nicht mehr hat, so kann dem arrogatori auch nicht mehr zustehen §. 2. I. h. t. 2) Daß die Gläubiger des arrogati den arrogatorem sollen belangen können, und daß, wenn er sie nicht bezahlen will, er ihnen das Vermögen des Sohns abtreten soll §. 3. I. h. t.

TIT.

TIT. XII.

DE EO, CUI LIBERTATIS CAUSA BONA ADDICUNTUR.

§. 672. 673. 674. Was ist die addictio libertatum servandarum causa?

Der vierte modus adquirendi ist die addictio bonorum libertatum servandarum causa. Wenn Jemand in seinem Testament einen Sklaven frey ließ, und Niemand die Erbschaft antreten wollte, so wurde das Testament destituirt, und die Freylassung kam nicht zu Stande. Kaiser Marcus Antoninus aber erlaubte durch ein Rescript, welches §. 1. I. h. t. vorkommt, daß die Verlassenschaft den freygelassenen Sklaven, oder einem von ihnen, als quasi bonorum possessori heimgewiesen werden dürfte, wenn er den Creditoren Caution stellte, daß er sie wegen Capital und Zinsen befriedigen wolle. Auf diese Weise blieben die Manumissionen bey Kräften, der Ehre des Verstorbenen wurde geschont, und die Gläubiger litten keinen Schaden. In den folgenden Zeiten ist diese Verordnung noch weiter ausgedehnt, und unter andern erlaubt worden, daß das Vermögen auch einem andern Menschen, der nicht unter die Freygelassenen gehört, z. E. einem von den Gläubigern, welcher sich dazu erbietet, unter den vorbesagten Bedingungen zugeschlagen werden könne (*1).

(1) *Westenberg* in D. Marco, diss. 38. *Schaumburg* ad constit. Imperat. antiq. manip. 14. obs 4. *Zepernick* diss. de testamenti destituti viribus, §. 17. sqq.

TIT. XIII.

DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUAE FIEBANT PER BONORUM VENDITIONES ET EX SCTO CLAUDIANO.

§. 675. Was ist die Erwerbung durch sectionem bonorum?

Der fünfte modus adquirendi universalis heißt *sectio* oder *venditio bonorum*. Secare heißt nemlich bey den Alten so viel, als versteigern, in einer Auction verkaufen, und sectio eine Auction. Daher glaubt Bynkershök am a. O. nebst Andern, das Zwölftafelgesetz: debitorem obaeratum creditores *secanto* trans Tiberim, sey nicht buchstäblich von einer Tödtung und Zerstückelung des Schuldners zu verstehen, sondern wolle nichts anders sagen, als man solle den Schuldner verkaufen (*1).

(1) Diese Meynung zu prüfen, ist hier der Ort nicht. Empfehlenswürdig ist: *Io. Herm. de Raadt* diss. de statu, conditione et iuribus debitorum obaeratorum apud Rom. in *Oelrichs* thesaur. nov. diss. Belgicar. Vol. 3 Tom 1. p. 299. sqq. — — Ueber den wahrscheinlichen Sinn dieser Vorschrift der Zwölftafelgesetze, für deren buchstäbliche Deutung freylich auch *Gellius* Noct. att. XX. 1. ein wichtiges Zeugniß liefert, ist vorzüglich nachzusehen Dabelow ausführl. Entwickl. der Lehre vom Concurs der Gläub. Halle 1801. p. 46. etc. W.

§. 676. Wie geschah sie?

Wenn nemlich jemand concursmäßig wurde, so wurde sein Vermögen den Gläubigern zugeschlagen, und diese bestellten einen Curator (*), welcher die Masse an einen Käufer überließ. Dieser aber mußte sich verbindlich machen, den Gläubigern entweder ihre ganze Forderungen oder gewisse Procente zu bezahlen. Er war also ein successor universalis des Schuldners. In den neuern Zeiten kam dieß ab (*¹). Auch in Deutschland ist es nicht üblich. Es wird zwar, wenn ein Concurs entsteht, auch ein curator massae bestellt; aber die Ueberlassung der ganzen Masse an Einen Käufer ist nicht gewöhnlich (*²).

(*) Eigentlich kommt dieser im ältern Recht unter der Benennung magister vor. Man sehe *Cicero* ad Attic. VI. und die nachdrückliche Stelle in der Rede pro Publ. Quint. cap. 15. und 16. verb. cuius bona vero venierunt etc. Was aber die nähere Vergleichung desselben mit dem nachherigen Curator bonorum anbetrifft, *Walch* ad *Hopp.* comment. institut. h. t. pag. 622. Dabelow l. c. pag. 99. W.

(*1) Justinian spricht im Text bey dieser Materie sehr dunkel. Die venditiones bonorum seyen üblich gewesen, als man noch die iudicia ordinaria gehabt habe. Sed cum extraordinariis iudiciis posteritas usa est; ideo cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditiones exspiraverunt, et tantummodo creditoribus datur officio iudicis bona possidere, et prout utile eis visum est, ea disponere. *Vinn.* in commentar. merkt dabey sehr gut an: quid haec judiciorum diversitas ad rem praesentem faciat, non video, uti nec illud, quid hic posterioribus temporibus innovatum. Plane quod Theophilus refert, bonorum emtorem heredis seu bonorum possessoris loco habitum fuisse, id, postea obtinuisse non puto, desiisseque hanc adquisitionem esse universalem. Man s. auch *Hotomann. Bachov.* und *Hortens.* ad h. l.

(*2) Allein succediren denn die Gläubiger selbst in alle Rechte und Verbindlichkeiten des concursmäßigen Schuldners? Aus vielen Gründen muß man die Frage verneinen. S. *H. L. Boehmer* progr. de iure circa conductionem, orto adversus conductorem concursu, §. 4. in elect. iur. civ. vol. pag. 366. sq. und *Stein* comment. num creditores moto concursu in omnia iura et obligationes debitoris obaerati succedant, et hinc successores universales habendi sint, Rostoch. 1781. 4. *Müller* ad *Leyser* obs. 813. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Concurs 1. Band 99. Seite u. l. c. pag. 679. ꝛc. Das Gegentheil behauptet *Wiesand* opusc. p. 232. sqq.

§. 677. 678. 679. Verordnungen des Claudianischen Rathsschlusses.

Das SCt. Claudianum verordnete, daß, wenn eine freye Weibsperson sich von einem Sklaven beschlafen lasse, und der Herr des Sklaven ihr dreymal diesen Umgang untersagt habe, sie aber dem ungeachtet ihn fortsetze, so solle der Richter sie dem Herrn auf dessen Verlangen als Sklavin zusprechen. Der Herr acquirirte also sie und ihr ganzes Vermögen (*¹). Justinian hob diesen modum adquirendi auf, weil er, wie er sagt, *indignus suis temporibus*

sey. L. un. C. de S. C. Claud. toll. §. un. I. h. t. Ob dieß ein Compliment oder eine Satyre auf sein Zeitalter seyn soll, weiß ich nicht.

(1) Eine vollständige Erläuterung des Claudianischen Rathsschlusses giebt *d'Arnaud* lib. 1. coniect. cap. 20. Man s. auch *Burgii* elect. cap. 8. Thesaur. *Otton.* tom. 1. p. 322. *Bach.* hist. iurispr. Rom. III. 1. 3. 21. edit. *Stockman.* ibique cit. DD.

DE SUCCESSIONE AB INTESTATO SEC. NOV. CXVIII.

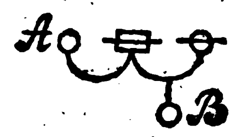
§. 680. Justinian hat die Intestaterbfolge geändert.

Wir haben bisher die Intestaterbfolge kennen gelernt, wie sie nach dem alten Römischen Recht beschaffen war. Justinian aber hat in der 118. Novelle eine neue Successionsordnung eingeführt, die wir nun umständlich betrachten wollen.

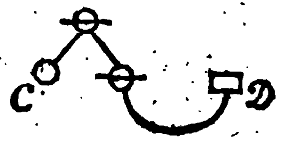
§. 681. Allgemeine Grundsätze der neuen Erbfolge.

Justinian hat nemlich festgesetzt, daß 1) alle Blutsfreunde ab intestato succediren, dergestalt, a) daß der Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten gänzlich wegfällt; der nähere Agnat schließt den entferntern Cognaten aus, und umgekehrt. b) Daß die emancipirten Kinder so gut, als die *sui* succediren, doch ist der Unterschied ungeändert geblieben, daß die sui *ipso iure* Erben sind, die emancipirten Kinder hingegen antreten müssen (§. 162. 538.). 2) Ausser den Blutsfreunden succediren auch einige andere Personen, aus besondern Gründen. Doch gehen die Blutsfreunde diesen andern Personen der Regel nach vor. Einige Fälle sind ausgenommen, die im §. 702. und 703. vorkommen werden (*).

Ich habe gesagt: alle Blutsfreunde succediren ab intestato. Schwägerschaft giebt kein Successionsrecht, und wenn sie noch so nahe ist (*1). Daher succedirt z. E.

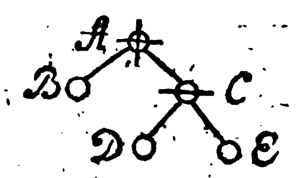


der Stiefvater A. seinem Stiefsohn B. nicht.



C. erbt die D. nicht.

Noch muß ich anmerken, daß man in einem Successionsschema denjenigen, von dessen Erbschaft die Rede ist, doppelt durchstreicht; die Personen aber, welche zwar todt sind, von deren Succession aber jetzt die Frage nicht ist, Einmal durchstreicht, z. E.



in diesem Schema ist A. doppelt durchstrichen, weil von seiner Verlassenschaft und Erbfolge die Rede ist; C. ist Einmal durchstrichen; denn er ist todt: aber die Frage ist jetzt nicht von seiner Erbschaft. B. D. und E. sind noch am Leben (*[2]).

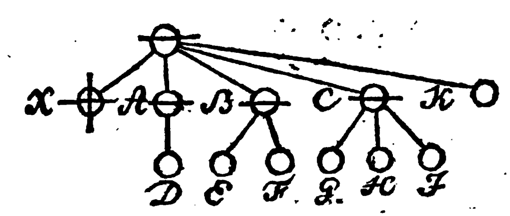
(*) Man vergl. bey dieser allgemeinen Uebersicht der Erbfolgeordnung nach der Nov. 118. Glück v. d. Intest. Erbf. §. 90. ꝛc. W.

(1) L. 7. C. comm. de success. (VI. 59) sagt; adfinitatis iure nulla successio permittitur. — — Diesem ist L. 5. C. de verb. et rer. signif. (VI. 38.), wo nur von Fideicommissen die Rede ist, nicht entgegen. — — Auch der Prätor, welcher sonst die Successionsrechte ziemlich ausdehnte, hat doch den Schwägern kein Erbrecht gegeben.

(2) Andere bedienen sich anderer Zeichen. S. *Birkner* diss. de successione unilateralium, p. 23. sqq.

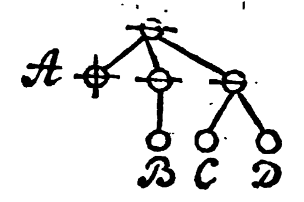
§. 682. Was ist Repräsentationsrecht, Succession auf Köpfe, Stämme und Linien?

Ehe wir die Successionsordnung selbst betrachten können, müssen wir einige Redensarten verstehen lernen, welche in dieser Materie üblich sind. 1) Das Repräsentatiosrecht ist das Recht, die Erbportion zu erhalten, die mein verstorbener Ascendent würde bekommen haben, wenn er noch am Leben wäre, z. E.

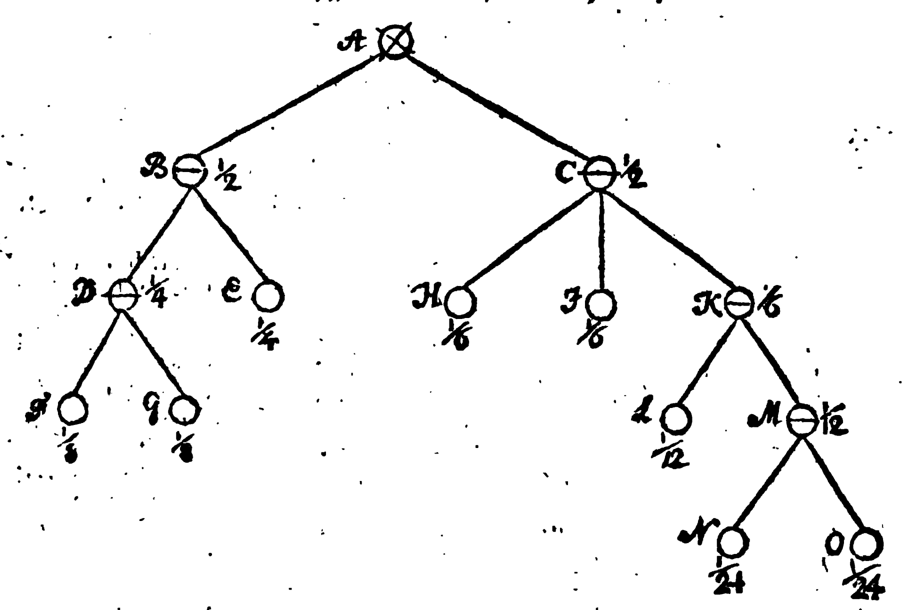


wenn X. stirbt: so bekommt D. die Erbportion, die sein verstorbener Vater A. bekäme, wenn er noch lebte. E. F. bekommen den Erbtheil ihres verstorbenen Vaters B. und G. H I. die Portion des C. Alle diese Personen also D. E. F. G. H. I. succediren iure repraesentationis (*[1]). 2) Die Succession geht, wenn mehr als Ein Erbe vorhanden ist, entweder auf Köpfe, oder auf

Stämme (**). Nach Köpfen wird succedirt, wenn so viele Erbtheile gemacht werden, als succedirende Personen vorhanden sind. Z. E.



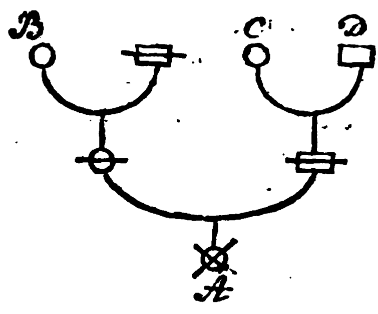
wenn die Erbschaft des A. zu vertheilen ist: so werden drey Theile gemacht; denn es sind drey Erben vorhanden, B. C. und D. Hier wird also in capita succedirt. Hingegen auf Stämme geht die Erbschaft, wenn bey der Theilung 1) darauf gesehen wird, wie viel der Personen sind, welche die ersten und nächsten zur Succession waren, und soviel gleiche Theile gemacht werden, als dieser Personen sind; 2) im Fall, daß eine, oder einige, oder alle diese Personen mit Tode abgegangen sind, ihr Erbtheil wieder unter ihre nächsten Erben gleich vertheilt wird; 3) wofern auch diese nächsten Erben verstorben sind, man den Erbtheil eines jeden wieder unter seine nächsten Erben gleich austheilt, und so immer weiter. Ein Beyspiel wird dieß deutlich machen.



Wenn die Verlassenschaft des A zu vertheilen ist, so wird zuerst die eine Hälfte auf den Stamm des B, und die andere auf den Stamm des C gerechnet. Von jener Hälfte des Stammes B fällt wieder eine Hälfte auf den Stamm des D, und eine auf E. Also $\frac{1}{4}$ kommt auf D, und $\frac{1}{4}$ auf E. Das Viertel des D theilen F und G. Jeder erhält demnach $\frac{1}{8}$.

Hingegen die Hälfte, welche dem Stamme C zufiel, theilt sich wieder unter H, I und K, folglich erhält jeder $\frac{1}{6}$. Das Sechstel, welches auf den Stamm des K kam, wird abermals auf L und M ausgetheilt. Also L bekommt $\frac{1}{12}$ und der Stamm des M $\frac{1}{12}$. Dieses letzte $\frac{1}{12}$ wird dann endlich unter des M Kinder, N und O getheilt.

3) Succession nach Linien ist vorhanden, wenn die Erbschaft unter Ascendenten dergestalt vertheilt wird, daß die eine Hälfte auf die väterliche, die andere auf die mütterliche Linie fällt. Z. E.



A stirbt, und hinterläßt auf väterlicher Seite einen Großvater B, auf mütterlicher Seite aber beyde Großeltern C und D. Hier wird die Erbschaft in zwey Theile getheilt; der eine fällt auf den Großvater B, der andere auf die Großeltern C und D.

(1) Der Ausdruck *ius repraesentationis* kommt im Römischen Recht, in der Bedeutung, wie er hier genommen wird, nicht vor. Eine sehr wichtige Streitfrage ist: ob das Repräsentationsrecht in der ersten Successionsclasse Statt finde, ob nemlich Enkel ihrem Großvater, Urenkel ihrem Urgroßvater rc. iure repraesentationis succediren. Ausgemacht ist, daß in der ersten Successionsclasse der nähere Grad den entfernteren nicht ausschließe, daß Urenkel mit Enkeln und Kindern erben (§. 686.). Eben so ist gewiß, daß in dieser Classe die Succession nach Stämmen geschieht (§. 691.). Das also ist der Sinn der Streitfrage: ob die Enkel, Urenkel rc. aus einem eignen Recht (iure proprio), oder aus einem vom Vater auf sie transferirten Rechte, erben? Können also z. B. die Enkel die Erbschaft des Vaters ausschlagen, und doch dem Großvater succediren? *G. L. Boehmer* diss. de discrimine suor. et emancipatorum in successione intestati, § 3. *Ge. Died. Car.* ab *Engelbrechten* Exerc. de iure repraesentationis in successione et an eodem inprimis nepotes indigeant

(Goett. 1751.) §. 7. sqq. *Io. Sam. Frid. Boehmer* diss. de nepotibus avo iure proprio succedentibus, Fif. ad Viadr. 1762.) pag. 14. sqq. *Io. Frid. Doles* diss. de iure repraesentationis in successione descendentium exule (Lps. 1778.) §. 6. sqq. behaupten, und, wie ich dafür halte, mit Recht, daß die Enkel ꝛc. nicht iure repraesentationis erben. Denn das Repräsentationsrecht tritt nur bey der Succession ein, wo auf die Nähe des Grades gesehen wird, wo der Nähere den Entfernteren ausschließt. Hier muß der Entferntere, um mit dem Näheren erben zu können, sagen, ich repräsentire meinen verstorbenen Ascendenten. In der ersten Successionsclasse aber kommt auf die Nähe des Grades nichts an. Schon nach den Gesetzen der 12 Tafeln erbten alle sui, und nach dem Prätorischen Recht auch die emancipati ohne Rücksicht auf den Grad; die 118. Novelle giebt ebenfalls allen Descendenten, dem Entferntesten mit dem Nächsten, ein Erbrecht. Nirgends findet sich eine Spur, daß die Gesetze in der Classe der Descendenten den Entfernteren mit Hülfe einer Fiction, einer Repräsentation, ex iure et beneficio parentis, zu der Erbschaft lassen. In der Classe der Seitenverwandten hingegen schließt der Nähere den Entfernteren aus. Daher wurde auch der Brudersssohn von dem Bruder ausgeschlossen. Dieß schien dem Justinian unbillig. Er setzte deswegen in der Nov. 118. cap. 3. fest, daß die Bruderskinder mit den Brüdern erben, also an ihrer Eltern Stelle treten, ihre Eltern repräsentiren sollten. Huiusmodi vero *privilegium* in hoc ordine cognationis solis praebemus fratrum masculorum et feminarum filiis aut filiabus, ut in suorum parentum iura succedant. Man s. auch *Glück* opusc. fascic. 4. p. 170. — — Koch in d. Grundlinien einer neuen Theor. von der Successf. mehrfacher Verwandten. Gieß. 1798. pag. 11. erklärt zwar die ganze Controverse für unnütz. Man sehe aber dagegen Glück von der Intest. Erbf. §. 100. — — Die Geschichte des Repräsentationsrechtes erzählt *Christ. Gmelin*. diss. histor. repraesentationis iure civ. rom. exhibens, Tubing. 1787.

(2) Daß es noch eine vierte Art von Erbtheilung gebe, wird sich §. 702. zeigen.

§. 683. Zwey Fragen bey der Intestatsuccession.

Wenn ein Fall in der Intestatsuccession vorkommt, so sind jedesmal zwey Fragen zu beantworten: 1) Wer succedirt? 2) Wie viel bekommt er? Ich werde bey jeder Successionsclasse auf diese zwey Fragen Antwort ertheilen.

§. 684. Vier Classen der Verwandten.

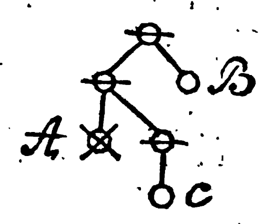
Die Succession der Verwandten geschieht nach vier Classen oder Ordnungen. In der ersten Classe succediren alle Descendenten des Verstorbenen. In der zweyten: die nächsten Ascendenten, die vollbürtigen Geschwister und deren Söhne und Töchter. In der dritten: Halbgeschwister und deren Söhne und Töchter. Endlich in der vierten: Alle übrige Verwandten, welche nach dem Grade die nächsten sind. Man hat diese vier Classen in folgende Verse gebracht:

Descendens omnis succedit in ordine primo.
Ascendens propior, germanus, filius eius.
Tunc latere ex uno frater quoque filius eius.
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

Justinian macht in der 118. Novelle drey Classen: ordinem descendentium, ascendentium und collateralium, und auf diese Weise tragen denn auch fast alle Juristen diese Materie vor. Nun ist es freylich wahr, daß die Intestaterben entweder Descendenten, oder Ascendenten, oder Collateralverwandte sind. Allein daß diese Lehre von der Intestaterbfolge weit ordentlicher und leichter vorgetragen werden könne, wenn man vier Classen, als wenn man nur drey festsetzt, wird Niemand läugnen, als wer sich schon allzutief in die alte Methode hineingedacht, und daran so sehr gewöhnt hat, daß ihm die neue bessere unnatürlich vorkommt. Diese neue Lehrart hat der mir unbekannte Verfasser der vorhin angeführten Gedächtnißverse vorgezeichnet, und Herr Kanzler Koch hat das Verdienst, die Lehre von der Intestaterbfolge zuerst nach diesem Plan meisterhaft abgehandelt zu haben (*).

Bey den vier Classen sind folgende Regeln zu bemerken:

1) **Die vorhergehende Classe schließt jedesmal die folgende aus.** So lang Personen der ersten Classe vorhanden sind, kommt Niemand zur Succession, der in die zweyte Classe gehört. Sind Personen aus der zweyten Classe da: so fallen die Personen der dritten Ordnung aus, so wie diese wieder den Personen der vierten Classe vorgehen. Z. E. also:



wenn A. stirbt, so erbt C. allein, B. succedirt nicht mit; ob sie gleich in einerley Grad mit dem Verstorbenen verwandt sind: denn C. gehört in die zweyte, B. erst in die vierte Classe.

2) **Personen, die in derselben Classe stehen, schließen einander nicht aus, sondern sie succediren mit einander.** Z. E. in der zweyten Classe stehen a) Ascendenten, b) Geschwister und c) deren Kinder; sie kommen also zusammen zur Succession.

Diese beyden Regeln, die so viel Licht über die ganze Materie verbreiten, und sie dem Anfänger so faßlich machen, lassen sich nicht geben, wenn man die Sache nach der sonst gewöhnlichen Methode vorträgt (**).

(*) Seitdem wird sie auch meistens von den neuern Rechtsgelehrten nach diesen vier Classen vorgetragen; doch findet man in Hofackers princ. iur. civ. §. 1412. rc. noch die ältere Methode befolgt. W.

(**) Noch ist zu bemerken, daß da, wo nach Linien und Stämmen succedirt wird,

Per-

Personen, die mit dem Erblasser doppelt verwandt sind, auch nach diesem doppelten Verhältnisse zur Erbfolge gelangen, und darnach ihren Erbtheil bestimmen können. Man muß aber hiebey nicht vermischen a) duplicitatem vinculi, wodurch leibliche Geschwister rc. den Halbgeschwistern entgegengesetzt werden, wovon hier nicht die Rede ist, b) duplicitatem cognationis, mehrfache Verwandtschaft. Diese kann 1) darin bestehen, daß in einer und derselben Person verschiedene Arten der Verwandtschaft zusammentreffen, z. B. cognatio naturalis et civilis; wenn der Großvater mütterlicher Seite seinen Enkel adoptirt; 2) wenn Jemand in mehr als einer Linie mit dem Verstorbenen verwandt ist. Z. B. die Eltern des Erblassers waren Geschwisterkinder; nun hinterläßt er einen Aeltervater von mütterlicher Seite, und einen, der es zugleich von väterlicher und mütterlicher Seite ist. In Fällen, wo nur die Zahl der Personen die Erbtheile bestimmt, wird auf diese doppelte Verwandtschaft nicht gesehen. Koch success. ab intest. auct. 3. vergl. jedoch dessen Berichtigung in den (§. 682.) bereits angeführten Grundlinien einer neuen Theorie rc. auch die Bon. Poss. pag. 478. und Glück Intestaterbfolge §. 34. W.

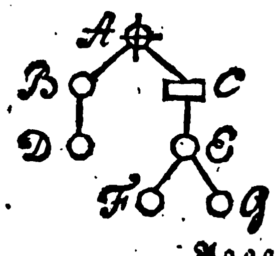
Erste Classe.

§. 685. Wer erbt in der ersten Classe?

In der ersten Classe succedirten also die **Descendenten** des Verstorbenen. Nur müssen sie successionsfähig seyn. Dieß sind nicht alle Descendenten; denn sie sind entweder **leibliche** Descendenten, oder **adoptirte**; jene sind entweder ehelich, oder unehelich gebohren, und letztere entweder legitimirt, oder nicht — legitimi, legitimati, illegitimi.

§. 686. Von den ehelichen Descendenten.

Die ehelich gebohrnen succediren alle; sie mögen männliche oder weibliche, *sui* oder nicht *sui*, in einem nahen, oder entfernten Grade verwandt seyn. Wenn ich auch in noch so weitläuftigem Grade mit dem Verstorbenen verwandt wäre, indessen meine Verwandtschaft gehörig beweisen könnte; so würde ich ein Erbrecht haben. Nur muß in dieser Classe **Niemand** zwischen mir und dem **Verstorbenen stehen**, oder: in derselben Linie, worin ich bin, muß kein näherer seyn. Das heißt, wenn der Vater oder die Mutter noch leben und erben, so bekommen ihre Kinder nichts; lebt der Großvater noch, so fallen seine Enkel aus.

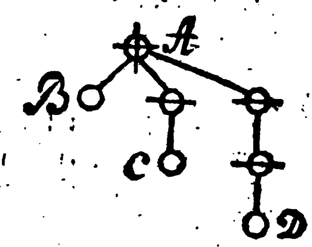


wenn A. stirbt, so erben B. und C. Hingegen D. E. F. und G. kommen nicht mit zur Succession.

Erste Anmerkung. Die Emancipirten haben also keine bonorum possessionem ex edicto unde liberi mehr nöthig. Ihr Successionsrecht gründet sich auf das Civilrecht (*1).

Zweyte Anmerkung. Die Kinder succediren auch der Mutter und Großmutter nach diesem Gesetz, und brauchen sich nicht mehr auf SCtum Orphitianum zu berufen.

Dritte Anmerkung. Auf den Unterschied des Grades kommt in dieser Classe nichts an. Wenn ich ein Descendent des Verstorbenen bin: so erbe ich mit, obgleich andere dem Grade nach nähere Descendenten vorhanden sind. Z. E.

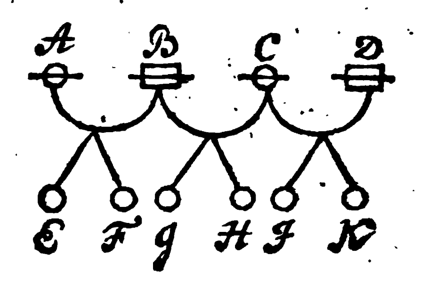


Wenn A. mit Tode abgehet, so erben B. C. D., obgleich B. im ersten, C. im zweyten, und D. im dritten Grad ist.

(1) *G. L. Boehmer* diss. de discrimine suor. et emancipatorum in successione intestati, in Elect. iur. civ. Vol. 1. — Den ehelich gebohrnen Kindern werden auch die aus einer putativen Ehe (§ 114.) gezeugten gleich geachtet. Glück v. d. Intestaterbf. §. 98. nicht aber die Brautkinder, wenn die Vollziehung der Ehe unterbleibet, obgleich eine vermeynte Praxis für das Gegentheil behauptet wird. Glück §. 97.

§. 687. Von Kindern aus verschiedenen Ehen.

Wenn Kinder aus verschiedenen Ehen vorhanden sind, so succediren sie dem gemeinschaftlichen Parens (Vater oder Mutter), dem besondern aber seine Kinder allein. Z. E.



B. und C. sind die gemeinschaftlichen Eltern; A. und D. die besondern. Dem A. succediren also allein E. und F. — Der B. succediren E F. G. und H. Den C. erben G. H. I. und K. — Endlich der D. Erben sind I und K.

Noch eine Bemerkung ist nicht zu übergehen. Die Kinder aus der ersten Ehe oder den ersten Ehen nehmen das zum voraus weg, was ihr Vater oder ihre Mutter von dem verstorbenen Ehegatten geerbt (oder sonst titulo lucrativo erhalten hatte. Wenn die B etwas von ihrem verstorbenen Manne geerbt hatte, z. E. 4000 Thlr., so verlohr sie das Eigenthum davon, als sie zur zweyten Ehe mit dem C. schritt, sie behielt blos den Nießbrauch. Das Eigenthum fiel auf ihre Kinder E. und F. Wenn sie nun also auch mit Tode abgehet, so behalten diese Kinder die 4000 Thlr. allein; G. und H. bekommen nichts davon. Ich sage E. und F. behalten diese Summe; man kann nicht eigentlich sagen, daß sie solche erben; denn sie gehörte ihnen schon vor dem Tode der Mutter. So auch, wenn C. von seiner Ehefrau 3000 Thlr. geerbt hätte: so würden diese aus gleicher Ursache allein den Kindern I. und K. verbleiben; G. und H. würden nichts davon erhalten (*).

(* Die Kinder der letztern Ehe nehmen auch besonders voraus, was der oder die Verstorbene von ihrer leiblichen Mutter, oder ihrem leiblichen Vater ex consilitia largitate erhalten hat. Man sehe überhaupt hiebey L. 3. u. 4. C. de secund. nupt. (V. 9.) Nov. 22. c. 23. Nov 98 c. 1. Glück l. c. §. 191. u. daselbst angef. DD. Von dem Vermögen, welches der Verstorbene mittelbar durch Beerbung eines seiner Kinder aus dem Nachlasse des vorigen Ehegatten erhalten hatte, vid. Nov. 22. c. 46. Glück l. c. W.

§. 688. Legitimirte Kinder.

Was die legitimirten Kinder betrift, so succediren 1) die, welche durch die nachfolgende Ehe legitimirt sind, ohne Zweifel so gut, als legitim gebohrne. 2) Die durch ein Rescript nicht *plene* legitimirten Kinder sind in der Succession wie uneheliche Kinder anzusehen; diese Legitimation wirkt gar kein Successionsrecht. Hingegen 3) die Rechte der durch Rescript *plene* legitimirten sind nicht so ausgemacht.

Nemlich so viel ist zwar gewiß, daß wenn gar keine ehelichen Kinder vorhanden sind, die legitimirten erben, desgleichen, daß wenn Jemand uneheliche Kinder durch ein Rescript plene legitimiren läßt, nachher aber heyrathet, und eheliche Kinder erzeugt, jene legitimirten mit diesen ehelich gebohrnen gleiches Erbrecht haben. Hingegen darüber wird gestritten: wenn die ehelichen Kinder zu der Zeit schon vorhanden sind, da die Legitimation der unehelichen geschieht, inwiefern diesen letzteren alsdann ein Successionsrecht zustehe? Einige Juristen (*1) behaupten, sie hätten völlig dieselben Rechte, wie ehelich gebohrne Kinder. Andere glauben, den ehelich gebohrnen Kindern gebühre der Pflichttheil zum voraus; in dem übrigen Vermögen succedirten die legitimirten mit den ehelich gebohrnen (*2). Die dritte Meynung ist, die legiti-

mirten Kinder erbten nichts. Denn die ehelich gebohrnen hätten schon ein Recht auf die Erbschaft gehabt, das ihnen durch die Legitimation nicht genommen werden könne (*3).

Meine Meynung in diesem Artikel ist folgende: nach Römischem Recht kann der Fall gar nicht vorkommen, daß ein durch Rescript legitimirtes Kind mit dem vorher ehelich gebohrnen erben will. Denn Justinian verordnet in der Nov. 74. cap. 1. und Nov. 89. cap. 9. ausdrücklich, daß nur in dem Fall, wenn keine ehelichen Kinder vorhanden sind, die naturales durch ein Rescript sollen legitimirt werden können. Und dieß ist auch der Analogie ganz gemäß. Denn die Römischen Gesetzgeber befürchteten überhaupt, die ehelichen Kinder möchten durch die Kinder der Concubine verkürzt werden; daher erlaubten sie auch einem, der eheliche Kinder hatte, nicht, die Concubinenkinder auf mehr als $\frac{1}{12}$ im Testament einzusetzen (§. 487.). Also, ich sage, nach den Verordnungen Justinians kann sich der Fall nicht zutragen, daß die Concubinenkinder, welche durch ein Rescript legitimirt sind, mit ehelichen Kindern, welche vor geschehener Legitimation gebohren sind, zusammen erben wollen. Gesetzt indessen, der Landesherr hätte die Legitimation, obgleich schon eheliche Kinder vorhanden waren, dennoch ertheilt, so würde sie diesen nichts schaden, und den legitimirten kein Erbrecht geben.

Ob sich aber diese Sätze in Deutschland anwenden lassen, ist eine andere Frage. Denn 1) können bey uns nicht bloß Concubinenkinder, sondern auch spurii, vulgo quaesiti und adulterini durch landesherrliche Rescripte legitimirt werden. Dergleichen uneheliche Kinder aber kann ein Vater im Testament zu Erben einsetzen (§. 487.). Kann er dieß, so kann er sie auch legitimiren lassen, wenn gleich den ehelichen dadurch etwas an ihrem Erbtheil entgeht, wofern sie nur nicht in dem Pflichttheil verkürzt werden. 2) Selbst Concubinenkinder können, wie ich dafür halte, heutigestags im Testament zu Erben ernannt werden (§. 487). Und daraus schließe ich, daß man sie auch durch ein Rescript legitimiren und erbfähig machen lassen kann (*).

(1) *Georg. Henr. Ayrer* diss. de rescripto legitimationis Principis, plenissimum effectum tribuente, legitimi licet liberi extent, Goett. 1743. *Koch* de success. ab intestato, §. 29.

(2) Dieß ist die gemeine Meynung, welche auch *Georg Sam. Madihn* diss. de legitime natorum portione legitima in successione cum legitimatis, Hal. 1755. vertheidigt.

(3) *Pufendorf* l. c.

(*) Glück l. c. §. 102. Daß die ehelichen Kinder überhaupt gegen die Legitimation der unehelichen ihren Pflichttheil sollten in Anrege bringen können, dürfte aus rechtlichen Gründen nicht erweislich seyn.

§. 689. Von der Erbfolge der Adoptivkinder.

Man wird sich aus dem Titel de adoptionibus erinnern, daß die Annehmung an Kindesstatt eines Menschen, der sein eigener Herr ist, arrogatio; die Annehmung eines solchen hingegen, der noch in väterlicher Gewalt stand, adoptio stricte heißt. Diese letzte ist entweder plena, oder minus plena. Wenn nemlich ein Ascendent seinen Descendenten, z. E. der Großvater seinen Enkel, der Urgroßvater seinen Urenkel adoptirt: so ist es adoptio plena. Adoptire ich aber einen Andern, der kein Descendent von mir ist: so heißt es adoptio minus plena.

Die Erbfolge der Adoptivkinder beruhet auf fünf Sätzen: 1) die arrogirten und plene adoptirten Kinder erben ihren Adoptivvater, aber von der Erbschaft des leiblichen Vaters bekommen sie nichts. Dieser letzte Satz ist nach der L. 10. C. de adopt. (VIII. 48.) ausser Zweifel. Nur in dem Fall, wenn der adoptirende Groß- oder Urgroßvater das Adoptivkind wieder emancipirt, alsdann succedirt es dem leiblichen Vater. Allein nach der 118. Novelle scheint man behaupten zu müssen, daß ein arrogirtes oder plene adoptirtes Kind nicht allein dem Adoptivvater, sondern auch dem leiblichen succedire. Denn es bleibt, der Adoption ungeachtet, ein Cognat seines leiblichen Vaters. Die Cognaten aber erben nach der 118. Novelle, so gut, als die Agnaten (§. 68.) (*1).

2) Ein arrogirtes Kind succedirt den männlichen Ascendenten des arrogirten Vaters, wofern sie in die Arrogation gewilligt haben. Hingegen der Ehefrau des Arrogators, dessen Mutter und Großmutter succedirt es nicht (§. 148.).

3) Ein minus plene adoptirtes Kind erbt sowohl den Adoptiv- als leiblichen Vater. Daß der Adoptivvater es übrigens durch ein Testament ausschließen kann, haben wir oben gehört (§. 531.). Der Ehefrau des Adoptivvaters, desgleichen dessen Ascendenten succedirt ein minus plene adoptirtes Kind nicht, wenn diese gleich in die Adoption consentirt haben. Daher ist denn auch zu behaupten,

4) daß, wenn eine Weibsperson adoptiret, das Kind nur ihr, nicht ihrem Manne und ihren Ascendenten succedire.

5) Das Erbrecht aller arrogirten und adoptirten Kinder hört auf, wenn sie emancipirt werden.

(1) Eine ausführliche und gründliche Abhandlung über die gesetzliche Erbfolge der adoptirten Kinder und deren leiblichen Eltern gegen einander von Lehr steht in Hagemann und Günthers Archiv für die Rechtsgelehrs. 5. Band, Num. 9. Glück l. c. §. 110. rc.

§. 690. Von den unehelichen Kindern.

Die unehelichen Kinder sind entweder aus einer verbotenen Ehe (damnato coitu) gebohren, oder aus dem Ehebruch erzeugt, adulterini; oder Hurenkin-

der, vulgo quaesiti; Jungfernkinder, spurii; oder von einer Concubine gebohrne, naturales (§. 136.).

1) Die aus einer verbotenen Ehe gebohrnen erben keins der beyden Eltern.

2) Die naturales succediren der Mutter so vollkommen, wie eheliche Kinder; hingegen bey den adulterinis (*2), vulgo quaesitis und spuriis muß man nach der L. 5. C. ad SC. Orphit. (VI. 56.) (*3), distinguiren: entweder ist die Mutter persona illustris, oder nicht. Im letzten Falle erben die adulterini, spurii, und vulgo quaesiti (*4). Im ersten Falle aber sind entweder eheliche Kinder vorhanden, oder nicht. Sind dergleichen nicht vorhanden, so kommen die unehelichen Kinder zur Erbschaft; ausserdem aber nicht.

Ich habe noch verschiedenes hierbey anzumerken. a) Was ist mater illustris? Die magistratus wurden zu den Zeiten der orientalischen Kaiser in fünf Classen eingetheilt, in illustres, spectabiles, clarissimos, perfectissimos und egregios. Illustres hießen die consules, magistri militum, quaestor sacri palatii, magister officiorum, comes sacrarum largitionum, comes rerum privatarum, praefectus praetorio und praefectus urbi (*5). Mater illustris hieß daher diejenige, deren Ehemann oder Vater ein illustris war. b) Was ist der Grund des Gesetzes, warum succediren die adulterini etc. einer matri illustri nicht, welche eheliche Kinder hat? Die angeführte L. 5. sagt: quia in mulieribus ingenuis et illustribus, quibus castitatis observatio praecipuum debitum est, *nominari spurios satis iniuriosum satisque acerbum, et nostris temporibus indignum esse iudicamus.* Seltsam! wenn eine solche Mutter Hurenkinder gebiert, so soll es eine Injurie seyn, daß man sage, sie habe dergleichen (nominari spurios). Und wie folgt daraus, daß die Hurenkinder ihr nicht succediren, wofern eheliche Kinder vorhanden sind, gleichwohl aber succediren, wenn dergleichen nicht da sind? c) Hat das Gesetz einen practischen Nutzen? Verschiedene glauben dieß. Sie behaupten, daß das, was hier bey einer matre illustri verordnet ist, heutigestags bey Damen vom Fürsten- und Grafenstand gelte. Ich kann dieser Meynung nicht beypflichten; denn wir haben die Rangordnung der Staatsbedienten gar nicht, die bey den Römern Statt fand. Das Gesetz paßt also auf unsere Verfassung nicht, und hat noch dazu, wie ich vorhin bemerkt habe, keinen vernünftigen Grund. Ich glaube daher, daß es bey uns gar keine Anwendung finde (*6).

3) Den Vater erben die naturales nur alsdann, a) wenn keine rechtmässige Ehefrau, und keine eheliche Kinder vorhanden sind, und zwar b) nur auf den sechsten Theil des Vermögens. Diesen bekommen sie aber nicht allein, sondern müssen ihn mit ihrer Mutter, der Concubine, theilen (*7).

4) Die adulterini, spurii und vulgo quaesiti bekommen von der Erbschaft des Vaters nichts.

Aber wie steht es mit der Praxis dieser Sätze? Nach dem Römischen Recht war der Concubinat erlaubt, heutigestages ist er verboten (§. 113). Daher ist es nach der Theorie sehr zweifelhaft, ob das, was nach dem Römischen Recht bey den liberis naturalibus verordnet ist, heutigestages noch Statt habe, und ob man nicht vielmehr behaupten müsse, die naturales seyen bey uns als spurii anzusehen, folglich von der väterlichen Succession ganz auszuschließen. Indessen behaupten viele Rechtsgelehrte nicht nur, a) daß die naturales heutigestages ein Successionsrecht, wie bey den Römern, haben, sondern sie gehen noch weiter, und dehnen b) dieses Successionsrecht auch auf die spurios aus. Auch diese nemlich succediren, ihrer Meynung nach, auf den sechsten Theil, im Fall keine ehelichen Kinder und keine Ehefrau vorhanden sind (*8). Im Hessen-Darmstädtischen ist diese Meynung angenommen, im Hannövrischen aber und Casselischen nicht.

(1) L. 6. C. de incest. nupt. (V, 5.) *Poll.* de exheredat. et praeterit. cap. 41. *Titius* ad *Lauterb.* obs. 793.

(2) Nach der gemeinen Meynung erben die adulterini gar nicht. Allein diese Meynung ist in der Nov. 89. cap. 15. worauf man sich beruft, nicht gegründet.

(3) Ludolff von der Intestat-Erbfolge S. 160 macht Hrn. Canzler Koch und mir den Vorwurf, wir hätten übersehen, daß es in der L. 5. C. cit. heiße: cui pater incertus sit. Das Gesetz rede also nur von vulgo quaesitis. Er hat aber nicht bedacht, daß bey allen unehelichen Kindern, den naturalibus ausgenommen, der Vater als incertus angesehen wird.

(4) *Koch* de success. ab intestato §. 32. schol. 2. hält dafür, daß die aus einem Stuprum erzeugten Kinder der Mutter gar nicht succedirt hätten, weil sie ex damnato coitu gebohren seyen. Das stuprum sey ex L. Jul. de adult. strafbar gewesen. Allein 1) redet die Nov. 79. cap ult. und Nov. 89. cap. ult. wo es heißt: Kinder ex damnato coitu sollten weder den Vater noch die Mutter erben, ganz deutlich nur von verbothenen Ehen. 2) Wenn auch der stuprator nach der L. Julia strafbar war, so war es doch die stuprata nicht; also von ihrer Seite wäre dann doch das stuprum kein damnatus coitus gewesen. Wahr ist, in allen Stellen, welche von der Succession der unehelichen Kinder im Vermögen der Mutter, und umgekehrt, reden, wird der Ausdruck vulgo quaesiti gebraucht. Man sehe z. B. §. 3. I. de SC. Orphit. L. 1. §. 2. D. eod. Allein dieses Wort bedeutet nicht blos die eigentlichen Hurenkinder (ex meretrice), sondern oft alle uneheliche. L. 5. D. de stat. hom. L. 5. §. 5. de agnosc. et al. lib. L. 18. de bon. libertor.

(5) *Gothofredus* ad Cod. Theodos. tom. 3. pag. 108.

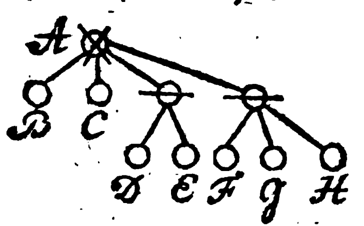
(6) Mir pflichtet hierin bey *Glück* in opusc. fascic. 3. pag. 35.

(7) Wie aber, wenn die Concubine allein vorhanden ist, ohne Kinder? *Ios. Matth. Rosmann* diss. de success. concubinae, si sola superstes sit, Mogunt. 1787. glaubt, daß sie $\frac{1}{12}$ erben, welcher Meynung ich beypflichte.

(8) *Kock* de success. ab intestato, §. 33. — Man sehe überhaupt von d. Succession der unehelichen Descendenten. Glück v. d. Intest. Erbf. §. 103. ꝛc. W.

§. 691. Wie wird in dieser Classe succedirt?

Wir haben gesehen, wer in dieser Classe succedirt. Nun ist noch die Frage: wie wird succedirt? und die Antwort: Die Kinder des ersten Grades, das heißt, Söhne und Töchter erben nach Köpfen; die Kinder der folgenden Grade aber, Enkel, Urenkel u. s. w. nach Stämmen (*1). Z. E.



A. stirbt. B. und C. sind liberi primi gradus; D. E. F. G. H hingegen liberi ulteriorum graduum. Also die Erbschaft wird in vier Theile getheilt. Der erste fällt auf B. — der zweyte auf C. — der dritte auf D. und E. — der vierte auf F. G. und H. Auch in dem Fall, wenn keine Kinder, sondern allein Enkel vorhanden sind, z. E. wenn B. und C. nicht da wären, erben die Enkel D. E. F. G. und H. in Stämmen.

(1) Einfacher und richtiger wäre es, wenn man sagte: alle Personen der ersten Classe erben in Stämmen; B. macht einen Stamm, C. den zweyten, *D. E.* den dritten, F. G. und H. den vierten. *Rotgersius* de success. legit. cap. 7. p. 225. sqq. — Von dem doppelten Erbtheile, welches Descendenten ex duplici stirpe gebührt, s. §. 684. Not. (**). W.

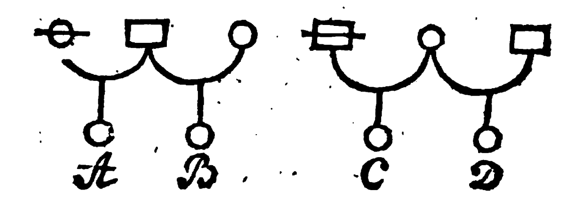
Zweyte Classe.

§. 692. Succession in der zweyten Classe.

Wenn keine Descendenten vorhanden sind, so kommt die zweyte Classe zur Succession. Darin sind a) die näheren Ascendenten; b) vollbürtige Brüder und Schwestern; c) Söhne und Töchter der verstorbenen vollbürtigen Geschwister. Ich sage: die näheren Ascendenten; denn der nähere schließt den entferntern aus, und es hat hier kein Repräsentationsrecht Statt. Ich sage ferner: Söhne und Töchter der verstorbenen Geschwister, nicht Enkel; diese erben in dieser Classe nicht mit (ius repraesentationis ultra fratrum liberos non obtinet).

Es fragt sich nur: was sind vollbürtige Geschwister, *fratres germani, sorores germanae?* Man versteht darunter Geschwister, welche einerley Vater und einerley Mutter haben, denen sie vollkommen succediren. Also zweyerley gehört zu vollbürtigen Geschwistern: a) daß sie einerley Vater und Mutter haben. Daher

sind

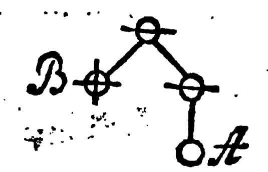


sind A. und B., desgleichen C. und D. keine vollbürtigen Geschwister. Aber sie müssen b) auch beyden Eltern vollkommen succediren. Wenn nemlich Geschwister zwar einen gemeinschaftlichen Vater und eine gemeinschaftliche Mutter haben, aber nicht beyden vollkommen succediren: so sind sie in der Successionslehre nicht als vollbürtig anzusehen (§. 698.) (*).

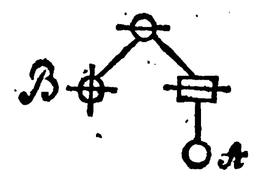
(*) Vollbürtige oder leibliche Geschwister sind diejenigen immer, welche beyde Eltern gemeinschaftlich haben; aber sie sind als solche nicht immer successionsfähig. Dieß dürfte die Sache richtiger ausdrucken. W.

§. 693. Welche Personen sind in dieser Classe successionsfähig?

Alle nach dieser Definition vollbürtige Geschwister sind legitim in der Succession, oder successionsfähig; aber nicht alle Söhne und Töchter derselben, auch nicht alle Ascendenten sind dieß. Will man wissen, welche Kinder der vollbürtigen Geschwister erbfähig sind, so muß man die Regel bemerken: Kinder, die in der ersten Classe ihre Eltern *plene* erben, erben auch in dieser zweyten Classe ihren Oheim und ihre Tante; Kinder hingegen, welche in der ersten Classe nicht vollkommen erbfähig sind, erben in dieser zweyten Classe gar nicht. Z. E.



A. ist ein naturalis, er erbt also in der ersten Classe seinen Vater nicht plene; folglich kann er auch in der zweyten Ordnung seinem Oheim B. nicht succediren. Hingegen



wenn gleich A. ein naturalis ist, so erbt er doch seine Mutter; er kann daher auch dem P. succediren. Fragt man: welche Ascendenten erbfähig sind, so ist die Antwort: die Successionsrechte sind wechselseitig; das heißt: wenn mir mein Descendent succediren kann: so kann ich ihm auch succediren. Ist ein Descendent von der Art, daß er mich geerbt hätte, wenn ich zuerst gestorben wäre: so erbe ich ihn auch, wenn er vor mir stirbt (*¹).

Die Note erläutert diesen Satz mit Exempeln: 1) die per subsequens matrimonium legitimirten Kinder succediren ihren Eltern, deswegen succediren die Eltern auch ihnen. 2) Aus einer verbotenen Ehe erzeugte Kinder succediren ihren Eltern nicht, daher auch die Eltern ihnen nicht. 3) Adulterini, spurii, naturales, vulgo quaesiti succediren der Mutter, folglich erbt diese auch ihre unehelichen Kinder von besagter Art. 4) Naturales erben den Vater nur alsdann, wann keine legitime Kinder und keine Ehefrau vorhanden sind. Daher erbt auch der Vater die naturales nur in dem Fall, wenn sie keine rechtmäßige Ehefrau hinterlassen.

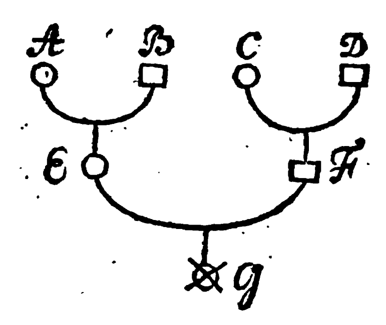
(1) Diese Regel hat indessen Ausnahmen. Ein minus plene adoptirtes Kind erbt den Vater, dieser aber succedirt ihm nicht. L. 10. §. 1. in fin. de adopt. (VIII 48) Eine mater illustris erbt ihren spurium, wenn sie gleich eheliche Kinder hat, da doch der spurius in diesem Falle ihr nicht succedirt. *Koch* de success ab intest. §. 57. Eine Frau erbt das von ihr adoptirte Kind nicht. *Id.* §. 67.

§. 694. Wie wird in dieser Classe succedirt?

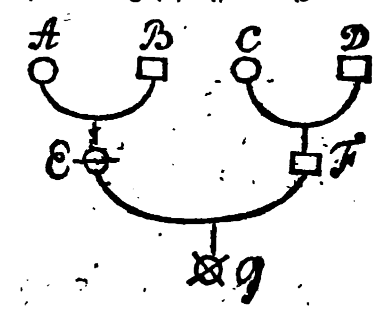
Wir wissen, wer in der zweyten Classe erbt: allein wie wird hier geerbt? **Die Regel ist: Ascendenten succediren in Linien; Geschwister nach Köpfen; deren Kinder nach Stämmen.** Diese Regel hat aber zwey Ausnahmen; die erste heißt: adscendentes iuncti succedunt in capita, das ist, Ascendenten, die mit Geschwistern oder deren Kindern concurriren, succediren nach Köpfen. Die zweyte Ausnahme ist: fratrum proles sola succedit in capita; das heißt, wenn keine Ascendenten, und keine vollbürtigen Geschwister, sondern bloß Kinder von vollbürtigen Geschwistern vorhanden sind, so erben sie nach Köpfen. Die Entwickelung dieser Sätze folgt in beyden folgenden Paragraphen.

§. 695. Folgesätze des vorigen.

Nemlich 1) wenn jemand stirbt, der Eltern und Großeltern hinterläßt, so erben die Eltern allein, die Großeltern bekommen nichts. Also

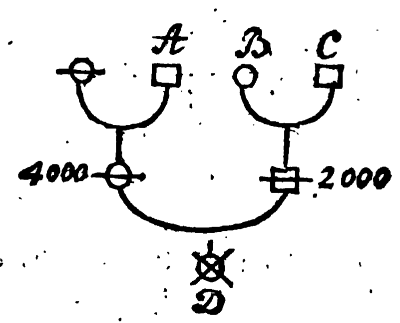


wenn G. stirbt, so erben E. und F. allein, A. B. C. D. kommen nicht zur Succession. 2) Wenn eins von den Eltern noch am Leben ist, so erbt dieses, und die Großeltern sind ebenfalls ausgeschlossen. Z. E.



die Erbschaft des G. fällt allein auf F. Die Großeltern A. B. C. D. fallen aus.

3) Wenn nur Großeltern vorhanden sind, so erben sie zusammen, aber nach Linien. Z. E.



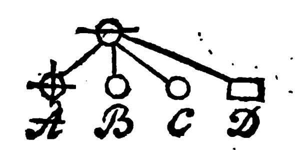
hier ist Großmutter A. von väterlicher Seite, Großvater B. und Großmutter C. von mütterlicher Seite vorhanden. Die Großmutter A. bekommt also die

eine, B. und C. bekommen die andere Hälfte von der Erbschaft des D. und zwar ohne Unterschied des Vermögens. Wenn nemlich D. von seinem Vater 4000, von seiner Mutter nur 2000 Thaler geerbt hat, so bekommt darum A. nicht mehr von der Verlassenschaft, als B. und C. (*1)

(1) Denn die 118. Novelle sagt von einem Unterschied des Vermögens nichts. *Koch* de successione ab intestato, §. 46. *Walch* controvers p. 255 -- Von den nach der mehrfachen Verwandtschaft der in einer Person zusammentreffenden väterlicher und mütterlicher Seite zu bestimmenden Erbtheilen s. §. 684. Not. (**). W.

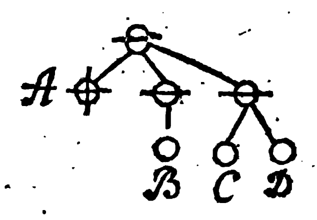
§. 696. Fortsetzung.

4) Wenn der Verstorbene nur vollbürtige Geschwister hinterläßt, so succediren sie nach Köpfen. Z. E.



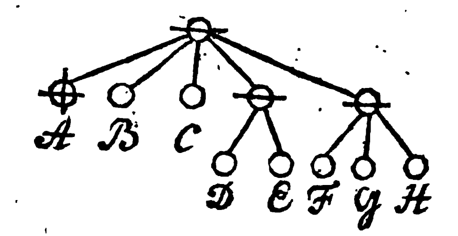
die Verlassenschaft des A. wird in drey gleiche Theile unter die Geschwister B. C. D. vertheilt.

5) Sind nur Kinder von Geschwistern vorhanden, keine Geschwister und keine Ascendenten: so succediren jene ebenfalls nach Köpfen. Z. E.



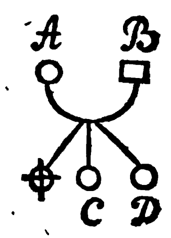
A. ist mit Tode abgegangen, und hinterläßt Niemand, als den B. C. und D. Kinder seiner Brüder. Diese theilten also die Erbschaft unter sich in drey gleiche Theile.

6) Wenn Geschwister mit Kindern von Geschwistern concurriren, so erben jene nach Köpfen, diese nach Stämmen. Z. E.



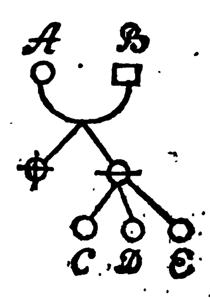
Die Verlassenschaft des A. wird in vier Theile vertheilt; den ersten bekommt B., den zweyten C., den dritten D. und E., den vierten F. G. und H.

7) Hinterläßt jemand Ascendenten und vollbürtige Geschwister, so erben jene sowohl, als diese nach Köpfen (*¹). Z. E.



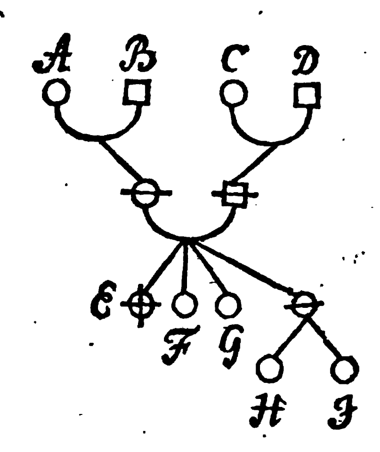
hier erhalten A. B. C. und D. jeder $\frac{1}{4}$.

8) Kommen Ascendenten und Kinder verstorbener Geschwister zusammen, so erben jene nach Köpfen, diese nach Stämmen (*²). Z. E.



hier werden drey Theile gemacht, wovon den ersten A., den zweyten B. den dritten C. D. E. erhalten.

9) Endlich wenn Ascendenten, Brüder und Bruders Kinder vorhanden sind, so succediren die Ascendenten nach Köpfen, die Brüder ebenfalls nach Köpfen, die Bruderskinder hingegen nach Stämmen.



Hier wird die Erbschaft des E. in sieben Theile vertheilt. Sechs derselben fallen auf A. B. C. D. E. G. den siebenten bekommen H. und I. (*3).

(1) Bestritten ist, ob die Großeltern mit vollbürtigen Geschwistern erben. *Voet.* ad pand. tit de success. ab intest. (post tit. 14 libr. 38.) §. 13. behauptet, die Großeltern würden von den vollbürtigen Geschwistern ausgeschlossen. Allein man s. *Huber* praelect. ad instit. tit. de success. ab intess. n. 10. *Pufendorf* Tom. 4. obs. 139.

(2) Verschiedene Juristen z. E. *Voet.* l. c. §. 12. behaupten, daß die Kinder verstorbener Geschwister mit den Ascendenten nicht erbten, wenn nicht zugleich Geschwister vorhanden seyen. *Coccei* iur. controv. lib. 38. tit. 15. qu. 6. und *Hannesen* tr. de computatione graduum, in diss. prolusoria, haben diese Behauptung ausführlich widerlegt.

(3) Nach römischem Recht ist es sehr zweifelhaft, ob Bruders Kinder, wenn sie allein sind, in Stämme oder in Köpfe erben. Accursius behauptet das erste, Azo das letzte. Die Gründe beyder Partheyen s. bey *Vinn.* in commentar. ad Inst. lib. 3 tit. 6. p. m. 555. vergl. auch dessen select. quaest. II 30. *Hunnius* in resolut. lib. 3. tr. 1. qu. 36. und Andern. Carl der Fünfte hat die Meynung des Azo durch eine Verordnung vom Jahr 1529 bestätigt. Daß auch in dem Falle, wenn ein Bruder und Bruderskinder vorhanden waren, jener aber die Erbschaft ausgeschlagen hat, oder vor der Antretung gestorben ist, die Bruderskinder in Stämme erben, zeigt ausführlich *Glück* opusc. fascic. 4. pag. 151. sqq. — Ueberhaupt sind noch über die hier vorkommenden Controversen nachzusehen *Koch* success. ab intest. §. 45. u. 78. Glück von d. Intest. Erbf. §. 122. &c. W.

Dritte Classe.

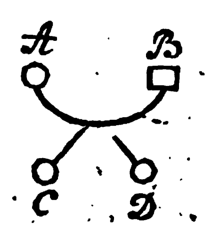
§. 697. Personen der dritten Classe.

Wenn keine Ascendenten, vollbürtige Geschwister und keine Kinder derselben vorhanden sind, so fällt die Succession auf die Halbgeschwister, und deren Söhne und Töchter (*¹).

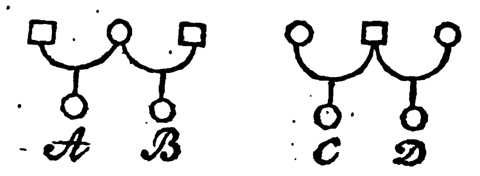
(1) Es ist also falsch, was Einige behaupten, daß die Halbgeschwister mit den Ascendenten erben. *Paul Iac. Birkner* diss. larva absurdae sententiae de successione unilateralium cum ascendentibus detracta. Alt 1774.

§. 698. Was sind Halbgeschwister?

Halbgeschwister nemlich heißen die, welche nur Einen gemeinschaftlichen parentem haben, dem sie vollkommen succediren. Also a) solche Personen, die von Einem Vater, aber von zwey Müttern sind; b) welche Eine Mutter, aber verschiedene Väter haben: c) welche zwar einerley Vater und einerley Mutter haben, aber doch nur einem von beyden vollkommen succediren. Z. E.

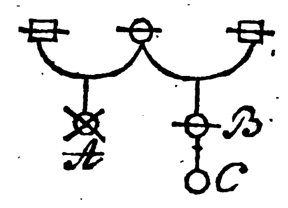


wenn A. und B. die Kinder C. D. in einem Stuprum, einer Fornication, einem Concubinat erzeugt haben: so sind diese Kinder Halbgeschwister; denn sie succediren nur der Mutter, dem Vater gar nicht, aber doch nicht vollkommen (*). Die Halbgeschwister werden in consanguineos und uterinos eingetheilt. Consanguinei heißen die, welche einen gemeinschaftlichen Vater haben, den sie plene erben (quia ex eodem sanguine procreati sunt). Uterini werden die Halbgeschwister genannt, wenn die Mutter gemeinschaftlich ist (quia ex eodem utero venerunt). Z. E.



A. und B. sind consanguinei. C. und D. uterini. Alle Halbgeschwister sind übrigens legitimi ad successionem; aber nicht alle Kinder derselben. In An-

sehung dieser gilt die Regel: nur der, welcher in der ersten Classe seinen Eltern vollkommen succedirt, erbt in der dritten Classe seinen Oheim. Z. E.

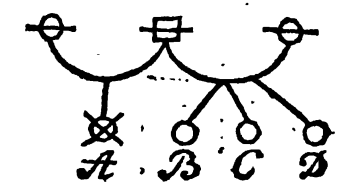


wenn C. ein naturalis ist, so kann er seinem Vater B. nicht vollkommen succediren, daher erbt er auch vom A. nichts.

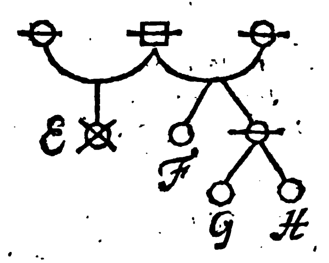
(*) Oder, richtiger: diese Personen sind zwar leibliche Geschwister, succediren aber nicht als solche, sondern gleich den Halbgeschwistern. §. 692. Not. (*). W.

§. 699. Wie wird hier succedirt?

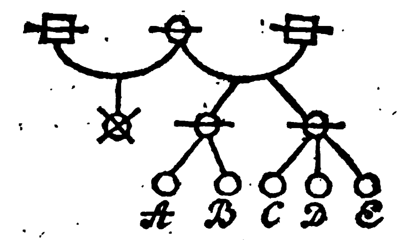
Wie wird aber in dieser Classe succedirt? Die Regel ist: Halbgeschwister erben nach Köpfen, deren Kinder nach Stämmen. Z. E.



wenn des A. Erbschaft zu vertheilen ist, so bekommt von den drey Erben B. C. D. jeder ein Drittel. Hingegen

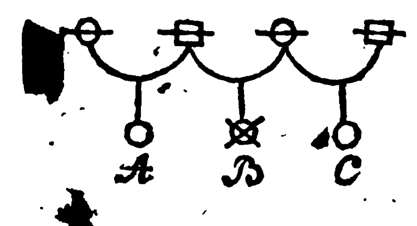


wenn E. stirbt, so werden zwey Theile gemacht; den einen bekommt F. den andern G. und H. Die Ausnahme dieser Regel aber heißt: fratrum proles sola succedit in capita; das ist, wenn Niemand als verstorbener Halbgeschwister Kinder vorhanden sind, so erben sie nach Köpfen. Z. E.



in diesem Falle wird die Erbschaft unter A. B. C. D. und E. in fünf gleiche Theile vertheilt.

Nach den Gesetzen ist auch in dieser Classe auf den Ursprung des Vermögens nicht zu sehen. Nemlich wenn uterini mit consanguineis concurriren, so haben die consanguinei aus dem Grund keinen Vorzug, weil der Erblasser sein Vermögen von dem Vater hat, und die uterini haben keinen Vorzug, wofern er es von der Mutter hat. Z. E.



wenn B. gleich sein Vermögen ganz oder größtentheils vom Vater hat, so theilen doch A. und C. die Verlassenschaft zu gleichen Theilen (*1). Allein in der Praxis wird auf den Ursprung des Vermögens gesehen, so daß die consanguinei das väterliche, und die uterini das mütterliche Vermögen zum voraus bekommen (*2).

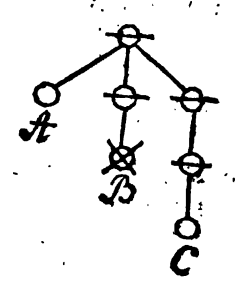
(1) Anderer Meynung sind *Stryk* de success. ab int. diss. 3. cap. 1. §. 22 sqq. *Leyser* Sp. 423. med. 1. *Walch* controv. pag. 393. edit. III. und Mehrere.

(2) Diese Praxis gründet sich auf die L. 13. §. 2. C. de legit. hered. (VI. 58.) wo Justinian diesen Unterschied festgesetzt haben soll. Wenn aber auch das wäre, so findet doch nach der Nov. 118. ein solcher Unterschied nicht mehr Statt. *Fachin.* controv. lib. 6 cap. 5. *Huna.* resolut. pag. 603. *Koch* l. c. §. 82. *Müller* ad *Leyser* Obs. 670. Indessen schränken doch einige Vertheidiger der Praxis, z. E. Stryk und Leyser, sie dahin ein, daß 1) der Ursprung der Güter nicht in Rücksicht komme, wenn Kinder von Halbgeschwistern allein vorhanden sind; 2) daß unter väterlichem und mütterlichem Vermögen nur das zu verstehen sey, was der Verstorbene unmittelbar aus der väterlichen oder mütterlichen Linie, nicht das was er von des Vaters oder der Mutter Verwandten geerbt hat. Glück l. c. § 129.

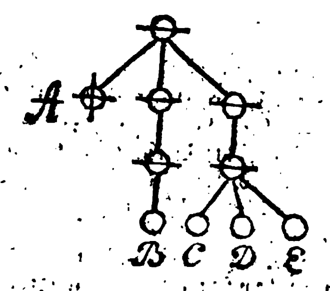
Vierte Classe.

§. 700. Personen der vierten Classe.

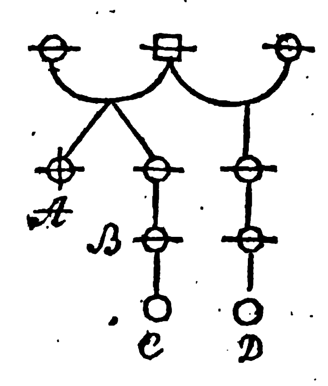
Wenn auch keine Halbgeschwister und deren Kinder vorhanden sind, so kommen die übrigen Verwandten nach der Nähe des Grades zur Erbschaft, sie mögen Agnaten oder Cognaten, Manns- oder Weibspersonen seyn. Also 1) der nähere schließt den entferntern aus (**). Z. E.



wenn von des B. Verlassenschaft die Rede ist, so erbt A. und schließt den C. aus. Denn A. ist ein Verwandter des dritten, C. aber des fünften Grades. Also erst in dieser Classe werden die Grade gezählt, in den vorhergehenden nicht, außer bey den Ascendenten. 2) Mehrere Personen, die in einerlei Grad stehen, erben nach Köpfen. Z. E.

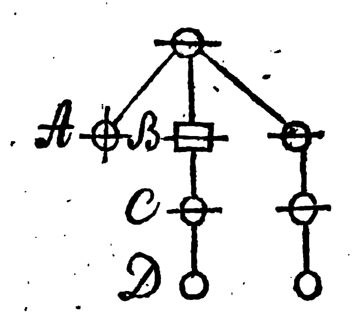


des A. Erbschaft wird in vier Theile unter B. C. D. E. vertheilt. 3) Die duplicitas vinculi kommt nicht in Betrachtung; das heißt, es kommt nichts darauf an, ob ein Verwandter von Halbgeschwistern oder von vollbürtigen Geschwistern abstammt. Z. E.



dem A. succedirt D. so gut als C., obgleich des C. Großvater ein vollbürtiger, des D. Großvater hingegen nur ein Halbbruder des Erblassers war. (Auch auf die mehrfache Verwandtschaft (§. 684.) wird hier nicht weiter Rücksicht genommen). Auch 4) auf den Ursprung des Vermögens, ob es der Verstorbene vom Vater oder der Mutter geerbt hat, wird hier nicht mehr Rücksicht genommen.

5) Wenn ich in dieser Classe erben will, so muß ich erbfähig seyn: a) ich selbst muß meinen parentem (Vater oder Mutter), durch den ich erben will, vollkommen beerben können, und b) es muß zwischen mir und dem Erblasser keiner stehen, welcher seinen parentem (Vater oder Mutter), durch welchen ich mit dem Erblasser verwandt bin, nicht vollkommen erben konnte. Wenn z. E. B. aus einer incestuosen Ehe gebohren ist, so erbt C. den A. nicht; denn B. konnte seinen Eltern nicht succediren. Wenn aber auch B. ein *naturalis* seines Vaters ist, so kann C. dem A. nicht succediren, weil B. kein volles Erbrecht auf seines Vaters Vermögen hatte. Daß in der ganzen Reihe der Verwandtschaft kein aus unehelichem Beyschlaf Erzeugter ist, wird nicht erfordert. Wann das uneheliche Verwandtschaftsglied nur seine Mutter, durch die es mit dem Erblasser verwandt ist, völlig erben konnte, so schadet die uneheliche Procreation dem Erbrecht nichts; z. E.



wenn C., der Vater des D., gleich ein naturalis seiner Mutter B. ist, so erbt dennoch D. den A. Denn da die Concubinenkinder ihre Mutter vollkommen erben, so konnte C. seiner Mutter vollkommen succediren, und daher kann auch D. den A. erben.

Wenn Jemand auch noch so weitläuftig mit dem Verstorbenen verwandt ist, so erbt er; die Erbfolge hört also nicht mit dem zehnten Grade auf (*2).

(1) Auf welchen Zeitpunkt man sehen müsse, wenn man die Nähe des Grades bestimmen will, lehrt Justinian §. 6. I. de legit. agnat. success. wo es heißt: proximus autem, siquidem *nullo testamento facto* quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is, cuius de hereditate quaeritur. Quod si *facto testamento* quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse coeperit, nullum ex testamento heredem exstiturum. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur. In hoc spatio temporis saepe accidit, ut proximiore mortuo proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus. Man sehe übrigens Koch success. ab intest. §. 11. a. Glück l. c. §. 19.

(2) Dieses behaupten zwar Verschiedene, weil Justinian §. 5. I. de success. cogn. sagt: hoc loco et illud necessario admonendi sumus, agnationis quidem iure admitti aliquem ad hereditatem, etsi decimo gradu sit. Allein dieser Grad wird nur beyspielsweise angeführt. Dieses sieht man unter andern aus dem §. 3. de legit. agn. success., wo es heißt, die Agnaten erbten, etiamsi longissimo gradu sint.

DE SUCCESSIONE EX SPECIALI FUNDAMENTO.

§. 701. Personen, die aus besondern Gründen erben.

Aus einem besondern Fundament succediren 1) *socii liberalitatis principalis.* Das heißt, wenn der Landesherr mehreren Personen etwas zusammen schenkt, und einer mit Tode abgeht, ohne einen Testamentserben und Verwandte zu hinterlassen: so succediren die übrigen in der geschenkten Sache (*1). Z. E. der Landesherr schenkt zwey Soldaten, die sich im Krieg ausgezeichnet haben, ein Landgut, und der eine verstirbt ohne Hinterlassung eines andern

Erben. In diesem Fall bekommt der Ueberlebende das ganze Landgut. 2) Die Ehegatten. In den alten Zeiten Roms kamen die meisten Weiber in *manum mariti*, und succedirten daher dem Manne als suae heredes (*2). Eine Frau hingegen, die nicht *in manu* gewesen war, succedirte ihrem Manne nicht, und er ihr nicht. Nur in dem Fall, wenn ein Ehegatte ohne Hinterlassung eines andern Erben starb, gab der Prätor dem Ueberlebenden bonorum possessionem ex edicto unde vir et uxor (§. 665.). Da in den neuern Zeiten die conventiones in manum abkamen, so war die Succession der Ehegatten etwas höchst seltenes.

(1) Das Gesetz, worin diese Erbfolge festgesetzt ist, ist L. un C. si liberalitatis imperialis socius sine herede decesserit (VI. 14). Es heißt darin: iubemus, ut si quis forte ex his, quibus communiter a nobis aliquid donatum sit, *nullo herede relicto*, decesserit, ad consortem potius solatium, quam ad *personam aliam* pars decedentis perveniat. Es ist zusammengeschmolzen aus der L. 1. und 2. Cod. Theodos. si petit. socius herede defecerit. (lib. 10. tit. 14.) Streitig ist, ob der socius liberalitatis principalis erst nach allen Verwandten, oder gleich nach den Kindern erbe. Nach dem Schluß der L. 1. Cod. Theod. cit. qui *intestatus aut sine liberis* diem defunctus est, und der Anicianischen Auslegung, si aliquis ex his mortuus fuerit — et nec testamentum fecisse, nec filios reliquisse cognoscitur, placet, ut portionem eius socius adquirat, muß man das letzte behaupten, und dieser Meynung ist auch mit Andern *Mollenbec* diss. de imperial. lib. socio cap. 3. §. 3. p. 17. sqq. Das Gegentheil, daß der socius lib. imp. allen Verwandten nachstehe, behaupten *Rom. Teller* in progr. ad *Richter* diss. de thesaur. a mercenar. invent. p. 10. sqq. *Koch* de success. ab intest. pag. 163. Wenn übrigens Teller am a. O. meynt, daß der soc. lib. imp. kein wahrer Erbe des andern sey, sondern dessen Theil als ein collegatarius coniunctus aus dem iure accrescendi bekomme: so kann ich ihm nicht beypflichten. Das ius accrescendi fällt ja weg, sobald der Collegatar seine Portion erwirbt. *Amaya* ad L. un C. si lib. imp. soc. in Opp. p. 122. sqq. — So viel ist indeß gewiß, daß dieser socius liberalitatis imperialis nur als successor singularis betrachtet werden kann, da er nur auf ein bestimmtes Object eingeschränkt ist. Das hier angenommene ius accrescendi, ob es gleich von der Regel abweicht, ist doch darum aus dem angeführten Grunde nicht ganz unstatthaft. arg. L. 1. §. 1. L. 3. §. 2. D. de usufr. adcresc. W.

702. Fortsetzung.

Justinian gab daher den Ehegatten in der 53. und 117. Novelle ein besseres Erbrecht. Er verordnete nemlich, daß wenn der verstorbene Ehegatte reich, der hinterlassene hingegen arm sey, dieser einen gewissen Theil von dem Vermögen des Verstorbenen erhalten solle, obgleich Verwandte, auch die allernächsten des Verstorbenen, vorhanden sind. Also wenn der von Justinian unterstellte Fall nicht existirt, das heißt, wenn entweder der verstorbene Ehegatte nicht reich oder der hinterbliebene nicht arm ist: so bleibt es bey dem alten.

Recht; der hinterbliebene Ehegatte erbt nur in Ermanglung aller Verwandten. Trift hingegen der in Justinians Verordnung bestimmte Fall ein, so erhält der überlebende Ehegatte sein gesetzliches Erbtheil mit den Verwandten (*1).

Drey Fragen sind aber hier zu beantworten; die erste ist: was heißt ein reicher, was ein armer Ehegatte? Da dieß in den Gesetzen nicht bestimmt ist, so sagt man insgemein, reich sey der Verstorbene, wenn seine Verlassenschaft zum Unterhalt des überlebenden Ehegatten und der übrigen Erben hinreiche; arm sey der überlebende, wenn sein Vermögen nicht so beschaffen sey, daß er seinem Stande gemäß nicht davon leben könne. (*2).

Zweyte Frage: wie viel bekommt der überlebende Ehegatte? Man unterscheide zwey Fälle: 1) wenn er mit drey oder weniger Erben concurrirt, so bekommt er ein Viertel der Erbschaft. 2) Trifft er hingegen mit vier oder mehreren Erben zusammen, so erhält er eine Virilportion; das heißt, es werden so viele gleiche Theile, als Personen, gemacht, und von diesen bekommt der Ehegatte einen (*3). Kurz der Ehegatte kann nie mehr, als eine Quart, wohl aber weniger erhalten.

Dritte Frage: welches Recht bekommt der Ehegatte auf seine Portion? Auch hier unterscheide man zwey Fälle: 1) wenn der Ehegatte mit seinen Kindern oder Enkeln erbt; 2) wenn er mit andern Personen, z. E. mit seinen Stiefkindern, mit Eltern, mit Geschwistern des Verstorbenen concurrirt. Im ersten Fall bekommt der Ehegatte blos den Nießbrauch seines Erbtheils, die Kinder oder Enkel haben die Proprietät; im letzten hingegen erhält der Ehegatte ein vollkommenes Eigenthumsrecht.

Erste Anmerkung. Daß die Wittwe, im Fall sie arm ist, dem Manne succedire, ist ausser Zweifel. Aber hat auch der Wittwer ein Erbrecht? Dieß läugnen Viele (*4). Sie gründen sich auf die 117. Novelle. Allein diese redet blos von dem Fall, wenn der Mann seine Frau ohne Ursache verstossen hat, und verordnet, daß er alsdann nichts von ihr erben solle. Wenigstens ist es in der Praxis ausgemacht, daß der Mann ein gleiches Erbrecht mit der Frau habe (*5).

Zweyte Anmerkung: in den meisten deutschen Provinzen haben die Ehegatten durch geschriebene Gesetze oder Gewohnheiten ein noch vorzüglicheres Erbrecht erhalten, als ihnen das Römische Recht giebt. In manchen Ländern ist die allgemeine Gütergemeinschaft eingeführt. Stirbt da ein Ehegatte ohne Kinder, so behält der Ueberlebende das ganze Vermögen. Sind hingegen Kinder vorhanden, so fällt diesen die Hälfte zu. Wo eine solche Gütergemeinschaft nicht gilt, da erhält doch an vielen Orten der hinterbliebene Ehegatte die sogenannte statutarische Portion, welche aber in den verschiedenen Gesetzen sehr verschieden bestimmt ist. Nach dem Catzenelnbogischen Landrecht z. B. erhält

der Ehegatte die ganze Mobiliarverlassenschaft, die eine Hälfte der in der Ehe erworbenen unbeweglichen Güter, und den Nießbrauch von der andern. — Uebrigens wird in Ermangelung besonderer Gesetze oder erweislicher Gewohnheitsrechte, die Erbfolge sowohl überhaupt, als auch besonders in Ansehung der Ehegatten in deutschen Gerichten nach dem Römischen Recht bestimmt. —

(1) Zwischen der Succession der Ehegatten aus dem alten Recht, oder dem edicto unde vir et uxor und zwischen dem Erbrecht, welches den Ehegatten aus Justinians Gesetzen zusteht, ist ein großer Unterschied. Wenn der Ehegatte aus dem Prätorischen Edict succedirt, so ist er ein wahrer Intestaterbe, und hat alle Rechte und Verbindlichkeiten eines solchen. In Ansehung des Erbtheils aus den Justinianeischen Gesetzen hingegen, ist er kein wahrer Erbe (wie *Kohl* tr. de pact. dotal. part. 2. n. 93. sqq. und eben so auch Glück l. c. §. 143. behaupten will), ob ihn gleich Justinian Nov. 53. cap. 6. §. 1. Erben nennt. Denn der Ehegatte hat kein ius accrescendi, zahlt keine Vermächtnisse. *Stryk* de success. ab intest. disp. 4. cap. 1. §. 26. sqq. Er erhält also seinen Theil vielmehr titulo speciali, ex beneficio legis. Es kann ihm auch durch ein Testament nicht entzogen werden.

(2) Strube rechtl. Bed. 2. Band, 58. Bed. *Koch* l. c. §. 111.

(3) Man bemerke hier die Bedeutung des Ausdrucks *portio virilis*. So oft als ein Ganzes in gleiche Theile getheilt wird, und jeder Interessent einen davon erhält, sagt man: er bekommt portionem virilem.

(4) *Cuiacius* ad Nov. 53. *Rittershus.* ad Nov. part. 7. cap. 17. *Voet.* ad Pand. lib. 38. tit. 17. §. 24. — Ganz vorzüglich ist diese Meynung neuerer Zeit vertheidigt von *E. F. Hagemeister* Diss. Jura coniugum secundum Novell. 117. cap. 5. haud esse reciproca. Gryphiae 1801. und Glück l. c. §. 37. W.

(5) *Koch* l. c. §. 110. *Walch* controv. pag. 257. — Eine kurze geschichtliche Uebersicht der verschiedenen Gesetze von der Erbfolge der Ehegatten giebt Koch Bon. Poss. pag. 491. vergl. auch Glück l. c. §. 136., welcher auch überhaupt über die hier eintretenden Rechtsfragen §. 137. sqq. weiter nachzusehen ist. Der Antheil des überlebenden Ehegatten darf aber nicht über 100 libras auri, welche man auf 7200 Ducaten berechnet, betragen. Dieß wird wenigstens vermöge der Nov. 22. cap. 18. angenommen. Concurrirt der überlebende Ehegatte theils mit eigenen, theils mit Stiefkindern zur Erbschaft, so bestimmt zwar auch hier die Anzahl der Erben die Quantität seiner Portion: allein er bekommt von dem Theile derselben, welcher, wenn er nicht miterbte, seinen leiblichen Kindern zufallen würde, nur den Genießbrauch, von den übrigen aber das volle Eigenthum. Koch B. P. pag. 485. rc. Uebrigens versteht sich alles hier Vorgekommene natürlich nur von der Erbfolge des Ehegatten als solchen. Denn ist er ein Verwandter des Verstorbenen, so muß er auch in dieser Eigenschaft zur Succession zugelassen werden. W.

§. 705. Fortsetzung.

Hinterläßt der Verstorbene auch keinen Ehegatten, so succedirt 3) das *collegium* und *corpus*, dessen Mitglied er war, wofern dasselbe dieses Privilegium hat. Nicht alle Collegien haben das Recht, ihren Mitgliedern zu succediren, sondern nur a) die Kirchen, wenn ein bey ihnen ordinirter Geistlicher stirbt;

b) die Academien in der Verlassenschaft einer academischen Person (*1); c) die Compagnie im Vermögen eines Soldaten (*2). 4) Erbt derjenige, welcher einen Blödsinnigen, dessen sich die Inteſtat- oder Testamentserben nicht annehmen, zu sich nimmt, und bis an dessen Tod verpflegt. — Er geht eigentlich allen übrigen bisher erwähnten Erben vor. — Nur muß er die Erben des Blödsinnigen zu dessen Verpflegung aufgefordert, und diese dem ungeachtet solche unterlassen haben.

Wenn von allen vorgedachten Personen keine vorhanden ist, welche Anspruch an die Verlassenschaft machen kann, so nimmt sie der Fiscus als eine herrnlose Sache weg. Doch muß dieses binnen vier Jahren geschehen, sonst hat der Besitzer die Erbschaft verjährt (*).

(1) Ein Gesetz ist darüber nicht vorhanden, der allgemeine Gerichtsbrauch aber giebt den Academien dieses Recht.

(2) Von der Succession der Fabricensium, der Legion, der Vexillation s. *Forner.* rer. quotid. lib. 4. cap. 7. apud *Otton.* II. 234. *Teller* progr. (§. 701.) cit. Von der successione decurionum, cohortalium, naviculariorum, s. Ebendenselben in progr. ad *Seger* diss. de orig. iur. publ. Lips. 1773.

(*) Man vergl. hierüber und besonders über die Verbindlichkeiten, welche der Fiscus in Ansehung des Nachlasses anerkennen muß, *Koch* success. ab intest. §. 117. ꝛc. und Glück l. c. §. 147. ꝛc. W.

DE HEREDITATIS PETITIONE ET DIVISIONE.

§. 704. 705. Klage aus dem Erbrecht.

Aus dem Erbrecht entsteht eine Klage, welche *hereditatis petitio* heißt. Diese Erbschaftsklage ist eine actio universalis mixta, die der Erbe anstellt gegen den, welcher die Erbschaft pro herede oder pro possessore besitzt; und zwar zu dem Ende, daß er, Kläger, für den wahren Erben erklärt, und der Besitzer angehalten werde, die Erbschaft mit allem, was dazu gehört (cum omni causa) herauszugeben (*).

(*) E. C. Westphal systemat. Comment. ꝛc. von Vorleg. u. Eröffn. d. Testam. ꝛc. den Rechten ꝛc. des Erben, auch dessen possessor. u. petitor. Rechtsmitteln. Leipz. 1790. J. E. Schmidt Lehrb. v. gerichtl. Klag. ꝛc. §. 506. ꝛc.

§. 706. Grundsätze bey derselben.

1) Die Erbschaftsklage ist a) eine actio *universalis*, denn ihr Gegenstand ist der ganze Nachlaß, und Klagen, welche auf das ganze Vermögen eines Menschen gehen, heißen Universalklagen. Sie ist b) actio *mixta*. Weil nemlich das Erbrecht ein dingliches Recht ist, und die Erbschaftsklage aus dem Erbrechte entsteht, so ist sie eine Realklage. Denn so heißen die aus dem dinglichen Recht entspringenden Klagen. Allein sie ist auch eine Personalklage; denn der Kläger verlangt, daß der Besitzer Rechnung ablege und

Schäden

Schäden ersetze. Diese Forderungen entstehen aus einer Verbindlichkeit, gründen sich in einem *iure in personam*. Aus dieser Ursache heißt die Erbschaftsklage actio *mixta* (*[1]).

2) Sie kann sowohl von dem Testaments- als Intestaterben, heutiges tags auch von einem herede pactitio angestellt werden.

3) Weil sich aber keine Erbschaft denken läßt, wo nicht ein Verstorbener ist, so hat auch die Erbschaftsklage nicht eher Statt, als bis das Absterben desjenigen gewiß ist, dessen Vermögen der Kläger verlangt. Der Kläger muß also dieses Absterben durch Zeugen, Atteste der Obrigkeit, des Pfarrers u. d. gl. beweisen. Wenn jemand in die Fremde gegangen ist, und man von seinem Leben oder Tod nichts erfahren kann; — ein Verschollener — von seinem Geburtstage an aber 70 Jahre verflossen sind: so wird er für todt gehalten, und sein Vermögen den nächsten Verwandten verabfolgt (*[2]).

4) Die Erbschaftsklage kann nur gegen den angestellt werden, welcher die Erbschaft oder einen Theil derselben, oder eine Sache daraus pro herede oder pro possessore, nicht gegen den, welcher titulo singulari besitzt. Nemlich, wer die Erbschaft besitzt, und nicht behauptet, daß er Erbe sey, gleichwohl aber a) gar keinen andern Titel anführen kann, oder b) einen offenbar nichtigen allegirt, der besitzt *pro possessore*. Wer aber behauptet, daß er Erbe sey, besitzt *pro herede* (*[3]). *Titulo singulari* besitzt, wer einen von den oben angeführten (§. 294.) titulis dominii translativis, z. E. pro emto, pro donato, pro permutato, allegirt; d. i. er behauptet, daß er die Sache gekauft, geschenkt bekommen, eingetauscht habe. Daß ich die Erbschaftsklage gegen den anstellen kann, der pro herede oder pro possessore besitzt, ist leicht einzusehen; denn der erstere behauptet, daß er Erbe sey, der letztere hat gar keinen Titel; sobald ich also mein Erbrecht beweise, müssen mir beyde weichen (*[4]). Hingegen, wenn jemand etwas titulo singulari besitzt, so bestreitet er mir mein Erbrecht nicht, er bezweifelt aber, ob die Sache dem Erblasser eigenthümlich gehört, oder nicht von ihm selbst schon alienirt worden sey; folglich kann ich gegen ihn nichts ausrichten, wenn ich hereditatis petitionem anstelle, und beweise, daß ich Erbe sey. Ich muß rei vindicatione klagen; zeigen, daß ich Eigenthümer der Sache bin, die er besitzt (*[5]). Da übrigens der, welcher dolose aufgehört hat zu besitzen, noch immer als Besitzer angesehen wird (§. 281.), so kann auch gegen ihn die Erbschaftsklage angestellt werden.

5) Die Erbschaftsklage geht dahin, daß die Erbschaft cum omni causa herausgegeben werden soll. Wenn der Besitzer die Erbschaft bona fide besessen hat, so giebt er nur a) dasjenige, was er noch wirklich besitzt, und b) soviel, als er durch den Genuß der Erbschaft reicher geworden ist. Z. E. wenn ich eine Erbschaft besessen, die Früchte genossen, und deswegen 1000 Thaler von

dem Meinigen weniger ausgegeben habe: so bin ich um diese Summe reicher, und muß sie dem wahren Erben herausgeben. Der redliche Besitzer braucht also nicht dafür zu haften, a) wenn er etwas von der Erbschaft verlohren, b) verschwendet, c) verdorben hat. Für alles dieses aber muß der malae fidei possessor stehen; auch muß er die fructus percipiendos ersetzen (§ 332).

(1) Die Einwürfe gegen diese Benennung hebt *Bachov.* tract. de act. Disp. 2. th. 7. vergl. §. 1092.

(2) In Römischen oder allgemeinen Deutschen Gesetzen ist dieser Satz nicht, sondern blos in der Praxis gegründet. *Leyser* spec. 96. Glück von der Intestaterbfolge §. 2. rc. und das. angef. DD.

(3) *Struv.* exerc. 10. th. 47.

(4) *Branchu* observ. cap. 6. und *Car. Ferd. Hommel* in epist. de mirabili Ulpiani impostura, exstimantis adversus eum, qui pro possessore possidet, non rei vindicationem, sed hereditatis petitionem instituendam esse, Lips. 1759. u Rhapsod. Quaest. observ. 675. halten es für einen Irrthum, daß die alten Juristen die Erbschaftsklage gegen einen zugelassen haben, der pro possessore nach der im § davon gegebenen Erklärung besitzt. — Sie glauben, daß im Prätorischen Edicte unter dem, qui pro possessore possidet, eigentlich der Bonorum possessor gemeynt, also die Klage nur gegen den gestattet sey, der als vermeynter Civil- oder als prätorischer Erbe besitzt. — Allein ihre Gründe sind nicht überzeugend.

(5) *Vinn.* sel. quaest. lib. I. cap. 23. setzt die Sache sehr gut auseinander. S. auch *Oelze* progr. de actione reali adversus quemcunque possessorem non competente, §. 11.

§. 707. Ihre Gattungen.

Die Erbschaftsklage begreift mancherley Gattungen unter sich. In Ansehung des Ganges — oder der Form — ist sie entweder *simplex* oder *qualificata*; in Rücksicht des Gegenstandes entweder *totalis* oder *partiaria*; endlich in Absicht auf den Kläger entweder *civilis* oder *possessoria* oder *fideicommissaria*. Qualificata heißt (bei den Neuern) die hereditatis petitio, wenn man nicht anders zur Erbschaft gelangen kann, als nachdem man zuvor ein vorhandenes Testament umstößt; simplex, wo dieses nicht nöthig ist. Zu der erstern gehört z. B. die querela nullitatis (§. 524. 525.) und inofficiosi testamenti (§. 534.); zu der letzten jede andere Verfolgung des Erbrechts aus Testamenten, Gesetzen rc. (§. 437.). Die *partiaria hereditatis petitio*, oder *actio, si pars hereditatis petatur*, unterscheidet sich von der totali in folgenden Puncten: 1) in der hereditatis petitione totali bitte ich, mich für einen Miterben zu erklären, und den Besitzer anzuhalten, daß er mir meinen Antheil herausgebe. 2) Jene wird angestellt gegen einen solchen, den ich nicht als Erben anerkenne; diese gegen einen, den ich als Miterben agnoscire, der mich aber dafür nicht gelten lassen will (*). Die *civilis* hereditatis petitio wird von dem Civilerben angestellt. *Possessoria hereditatis petitio*, heißt

dagegen die Erbschaftsklage, welche der prätorische Erbe, oder bonorum possessor, wenn er bonorum possessionem gebeten und erhalten hat, gegen den Besitzer der Erbschaft anstellt. Die *fideicommissaria hereditatis petitio* wird vom Fideicommißerben angestellt und setzt folgenden Fall voraus: Ich bin zum Erben eingesetzt, soll aber die Erbschaft an den A. restituiren. Weil ich nicht im Besitz der Erbschaft bin, sondern ein dritter B. dieselbe besitzt, und mir vorenthält, so bin ich nicht im Stande, die Restitution wirklich vorzunehmen. Ich trete also die Erbschaft nur mit Worten an; restituire sie auch mit bloßen Worten dem A., und dieser stellt nun gegen den Besitzer B. hereditatis petitionem fideicommissariam an (§. 601. rc.).

(*) Sie kann aber auch gegen den angestellt werden, dem der Kläger gar kein Erbrecht zugesteht. L. 1. §. 1. D. si pars hered. petat. *Voet*. ibid. §. 1. W.

§. 708. Was ist actio familiae herciscundae?

Das Erbrecht veranlaßt aber auch die *actionem familiae herciscundae*. Diese Klage setzt voraus, a) daß eine Erbschaft mehreren Miterben gehört, b) daß einer sie bisher besessen und verwaltet hat, c) daß dieser oder die übrigen aus der Gemeinschaft heraus, und die Erbschaft vertheilt haben wollen. Wenn nun einer oder einige in dieser Absicht klagen, so heißt die Klage actio familiae herciscundae; denn *familia* bedeutet in der alten lateinischen Sprache unter andern die Erbschaft (§. 92.), und *herciscere* vertheilen (*).

Sie wird also von einem Miterben angestellt; so lange mich ein Anderer nicht für einen Miterben gelten läßt, kann ich ihn nicht actione familiae herciscundae belangen. 2) Der Besitzer muß als Miterbe besitzen. Denn besitzt er titulo singulari, z. E. er hat eine Sache aus der Erbschaft gekauft, so kann ich gegen ihn mit dieser Klage nichts ausrichten. 3) Der Zweck derselben ist, daß der Besitzer abtheilen soll. Diese Abtheilung aber erstreckt sich nicht a) auf die Activ- und Paßivschulden; denn diese sind *ipso iure* unter den Miterben vertheilt. Das heißt, wenn der Erblasser z. E. 1000 Thaler ausstehende Schulden hat, und zwey Erben A. und B. hinterläßt: so gehören dem A. 500 Thaler von jenem Ausstand, und dem B. eben so viel, ohne daß sie sich in die Schuld zu theilen brauchen. Gleichergestalt wenn der Erblasser 1000 Thaler schuldig ist, und zwey Erben hat: so hat jeder derselben 500 Thaler zu bezahlen, ohne daß darüber ein Vertrag nöthig ist. b) Nicht auf Dinge, deren Gebrauch verboten ist; z. E. verbotene Bücher; denn diese werden confiscirt. c) Nicht auf gemeinschaftliche Documente; denn diese lassen sich, wenn sie anders brauchbar bleiben sollen, nicht in Stücke zerschneiden. Man giebt sie also einem von den Miterben in Verwahrung, oder legt sie an einem dritten sichern Orte nieder. 4) Die actio familiae herciscundae geht aber auch weiter dahin, daß der bisherige Verwalter der Erbschaft Rechnung ablege, und die etwa der Erbschaft

zugefügten Schäden ersetze; hingegen ihm auch die Kosten und Auslagen wieder bezahlt werden sollen. Klagt nemlich der bisherige Besitzer und Verwalter der Erbschaft, so verlangt er Kosten- und Auslagenerstattung; klagen hingegen die andern Miterben, so fordern sie Rechnungsablage und Ersetzung des Schadens.

(*) C. E. Westphal System der Lehre von einzelnen Vermächtnissen u. d. Erbtheilungsklage. Leipz. 1793.

§. 709. Von der Collation.

Bey der Erbtheilung muß zuweilen eine Collation, Einwerfung geschehen; einer oder der andere Miterbe muß conferiren, was er empfangen hat. Wenn nemlich Kinder ihre Eltern erben, und schon etwas inter vivos, aber nicht in der Absicht, daß sie es zum Voraus haben sollen, erhalten haben: so müssen sie sich dasselbe anrechnen lassen, zur Feststellung der Gleichheit, und dieses heißt conferiren. Die Gelegenheit zur Collation gab die bonorum possessio, welche der Prätor den emancipirten Kindern ertheilte. Diese nemlich erbten nun mit den suis. Gleichwohl hatten die sui alles, was sie erworben hatten, dem Vater überlassen müssen, und die emancipati hatten für sich selbst erworben. Daraus entstand eine Unbilligkeit, eine Läsion für die suos. Daher setzte der Prätor fest, daß, wenn sui mit emancipatis erbten, die letzteren das Vermögen conferiren sollten, was sie nach der Emancipation erworben hatten (*1). Da nach dem neuen Römischen Recht ein filiusfamilias nicht mehr alles dem Vater erwirbt (§. 103. 435. 2c.), so fällt die Collation in dem obgedachten Falle weg; sie hat aber in andern Fällen Statt, welche der folgende §. näher bestimmen wird.

(1) *Bach* histor. iurispr. rom. lib. 2. c. 2. §. 12.

§. 710. Grundsätze bey derselben.

Die Collation gründet sich auf den vermuthlichen Willen der Eltern. Es ist nemlich zu vermuthen, daß die Eltern die Kinder gleich gehalten haben wollen. Sie geschieht daher nur, 1) wenn Kinder ihren Eltern aus einem Testament oder ab intestato succediren (*). Unter Eltern verstehe ich hier alle Ascendenten, unter Kindern alle Descendenten (**). Wenn Eltern den Kindern, oder Seitenverwandte einander succediren, so wird nicht conferirt. 2) Wenn einige derselben, oder auch alle, schon von den Eltern etwas inter vivos erhalten haben. Z. E.

A

B C D

A. stirbt, der Sohn B. hat zu Anschaffung eines Waarenlagers 1000 Thaler, der Sohn C. zur Erkaufung eines Hauses 2000 Thaler, die Tochter D. zur Brautgabe 4000 Thaler bekommen. Jedes muß sich also das schon Erhaltene anrechnen und abkürzen lassen. Nur Alimente, Speise, Trank, Kleidung, Arzney rc. kurz alles, was zu des Lebens Unterhalt nöthig ist, wird nicht conferiret. Daher sind auch die Kosten, die auf den Unterricht eines Kindes in Wissenschaften, Künsten oder Handwerken, verwendet worden, nicht zu conferiren; denn sie werden als Alimente angesehen (*1). Ferner 3) was die Kinder *mortis causa* von den Eltern bekommen, wird nicht angerechnet. Denn der Grund der Collation fällt weg. Wenn die Eltern einem Kinde etwas mortis causa schenken, oder zum Voraus vermachen: so geben sie zu erkennen, daß sie keine Gleichheit unter den Kindern haben wollen. Eben so wenig werden 4) die peculia castrensia, quasi castrensia und adventitia conferirt. Wenn die castrensia und quasi castrensia von den Kindern selbst acquirirt worden sind, so ist es natürlich, daß sie ihnen nicht angerechnet werden können, so wenig als die adventitia. Merkwürdig aber ist, daß diese peculia, vermöge eines privilegii, auch alsdann nicht conferirt werden, wenn sie die Eltern den Kindern gegeben haben. Z. E. wenn der Vater seinem Sohne 500 Thaler zur Anschaffung einer Officiersequipage gegeben hat, so ist der Sohn nicht schuldig, dieses Geld zu conferiren. Weiter 5) wenn die Kinder etwas von den Eltern in der Absicht bekommen haben, daß sie es zum Voraus haben sollen, so conferiren sie es nicht. Dahin gehören die Geschenke; denn, wenn die Eltern einem Kinde etwas schenken, so wollen sie, es soll das Geschenk zum Voraus haben (*2). Nur muß es, wie die Juristen reden, donatio *simplex*, nicht *ob causam* seyn. Wenn also die Eltern den Kindern etwas zum Brautschatz, zur Errichtung eines Hauswesens, zur Anschaffung eines Waarenlagers, Handwerkszeuges u. dgl. schenken: so wird das Geschenk allerdings conferirt. Daran ist nichts gelegen, ob der Vater das Geschenk einem Kinde gemacht hat, das noch in der väterlichen Gewalt, oder welches sein eigener Herr war (*3). Indessen sind viele Juristen anderer Meynung; und behaupten, daß jedes Geschenk conferirt werden müsse (*4). Endlich 6) fällt auch die Collation weg, wenn die Eltern sie erlassen; denn Vermuthung muß der Gewißheit nachstehen (*5).

Die Berechnung bey der Collation übrigens geschieht also:

Die Erbmasse z. E. besteht aus	5000	Thaler.
Der Sohn A. hat schon bekommen	1000	—
Der Sohn B.	2000	—
Die Tochter C.	4000	—
Summa	12000	Thaler.

Also das Erbtheil für jedes Kind ist 4000 Thaler. Folglich heißt es:

A. soll haben	4000	Thaler.
Hat aber schon bekommen	1000	
Erhält also noch heraus	3000	Thaler.
B. soll haben	4000	Thaler.
Hat schon bekommen	2000	
Erhält also noch	2000	Thaler.
C. soll haben	4000	Thaler.
Hat schon bekommen	4000	
Erhält also	0	

(*) Also ist derjenige zur Collation nicht verbunden, der die Erbschaft ablehnt. L. 8. L. 9. D. de collat. bonor. Das Gegentheil sucht zwar Kretschmann in den Beyträgen zur Berichtig. der posit. Rechtsgel. I. 181. und J. F. M. Lammers in d. Erörter. der Frage: ob die Renunciation d. Erbsch. v. d. Collat. befreye? Erlang. 1795. zu vertheidigen. Allein die Gründe sind unzulänglich. Man s. dagegen auch *C. H. F. Roeszler* renunciationem hereditat. ab onere collat. liberare contra Lammers. Frf. ad Viadr. 1800. W.

(**) Streitig ist es, ob die Enkel, wenn sie den Grosvater rc. beerben, sich auch das müssen anrechnen lassen, was ihr Vater oder ihre Mutter, von deren Erbschaft sie sich gleichwohl lossagen, bereits erhalten haben. *Walch* controv. iur. II. 4. 5. 26. Die bejahende Meynung hat überwiegende Gründe für sich. Nov. 118. c. 1. verb. *quantam eorum parens etc.* Koch v. der Success. mehrf. Verwandt. pag 11. W.

(1) *Io. Ioach. Schoepfer* diss. de sumtibus studiorum (Frf. 1736.) Auch der Betrag der Bücher, welche der Vater seinem Sohn kauft, wird nicht conferirt. *Io. Frid. Wernher* diss. de collatione circa libros studiorum gratia comparatos, in eiusd. disquisit. iurid. collect. nova, p. 128. sqq. *Mascov.* l. c. §. 3. sqq.

(2) In der L. 20. §. 1. C. de Collat. (VI. 20.) ist der Fall: ein Vater giebt einem Kinde dotem oder donationem propter nuptias; dem andern, um es mit jenem gleich zu setzen, macht er ein Geschenk. Justinian sagt: iubemus ad similitudinem eius, qui ante nuptias donationem vel dotem conferre cogitur, etiam illam personam, quae nulla dote vel ante nuptias donatione data, solam simplicem donationem a parentibus suis accepit, conferre eam, nec recusare collationem ex eo, *quod simplex donatio non aliter confertur, nisi huiusmodi legem donator, tempore donationis, suae indulgentiae imposuerit.* Freylich ist L. 13. C. eod. schwer mit jenem Gesetz zu vereinigen. *Beck* de collat. bonor. cap. 4. §. 99. ibique citati. *Wernher* part. 1. obs. 317. *Gottfr. Mascov.* diss. de collat. bonor. §. 30. in opusc. p. 296. sqq. *Walch* controv. pag. 398. edit. III. ibique citat. *Car. Frid. Paelicke* diss. de donatione simplici in hereditatem paternam non conferenda (Helmst. 1762.). *Pufendorf* tom. 1. obs. 171.

(3) *Paelicke* l. c. §. 11. et 18; anderer Meynung ist *Pufendorf* l. c.

(4) Man sehe J. S. *Stryk* de success. ab intest. diss. 11. cap. 4. §. 13. *Leyser* sp. 410. med. 1. *Io. Heumann* exerc. vol. 1. spec. 9.

(5) Eine solche Erlassung ist auch alsdann geschehen, wenn die Eltern das ganze Vermögen unter die Kinder vertheilen; z. E. der Vater sagt: mein ältester Sohn soll alle meine bewegliche, und mein jüngster alle unbewegliche Vermögensstücke haben. Strube rechtl. Bed. 2. Band, 98. Bed.

DE IURE PIGNORIS.

§. 711. Uebergang zu dieser Materie.

Wir haben oben gehört (§. 286.), daß das dingliche Recht vier Gattungen habe, Eigenthum, Dienstbarkeit, Erbrecht und Pfandrecht. Die drey ersten Gattungen sind nun abgehandelt, die vierte ist im Text der Institutionen ganz übergangen, in unserm Lehrbuch aber hier eingeschaltet worden.

§. 712. Dreyerley Bedeutungen des Worts pignus.

Das Wort pignus wird in dreyerley Bedeutungen genommen. Denn 1) versteht man darunter einen Contract, und zwar den, worin ich einem eine Sache zur Sicherheit seiner Forderung übergebe, mit dem Beding, daß er sie mir nach Abtragung der Schuld wieder zurück geben soll. Der Pfandcontract ist also von der Hypothek oder sogenannten Verschreibung unterschieden. Denn diese ist ein pactum, wodurch ich einem ein dingliches Recht auf eine Sache zur Sicherheit seiner Forderung gebe, aber ohne ihm die Sache zu tradiren. Dieß ist der wahre Unterschied zwischen pignus und hypotheca (*1). Es ist also nicht, wie Einige wollen (*2), darin zu suchen, daß das pignus nur in beweglichen, die Hypothek aber nur in unbeweglichen Sachen Statt finde (*3).

(1) Ulpian sagt L. 9. §. 2. D. de pign. act. proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit; hypothecam cum non transit, nec possessio ad creditorem.

(2) Z. E. *Walch* in controv. p. 417. edit. III. Seine Gründe aber sind äußerst schwach. Man s. *Schulting* thes. controv. dec. 75. th. 4.

(3) *Hellfeld* diss. de hypotheca mobilium, cap. 3. in opusc. pag 162. sqq. In einigen neuen deutschen Gesetzen ist übrigens die Hypothek beweglicher Sachen für ungültig erklärt.

§. 713. Fortsetzung.

Das Wort pignus bedeutet aber auch 2) das dingliche Recht, welches der Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung erhält. Die Classiker sagen daher: pignus *contrahere*, d. i. ein Pfandrecht bestellen. In diesem Verstande ist es entweder *ius pignoris stricte dictum*, oder *ius hypothecae*. Ius pignoris stricte dictum hat der Gläubiger, der vermöge des Contracts die verpfändete Sache besitzt; ius hypothecae der Gläubiger, dem sie nur zur Sicherheit verschrieben, nicht in den Besitz gegeben ist. Endlich 3) bedeutet das Wort pignus auch die Sache, auf welche der Gläubiger das dingliche Sicherheits-

recht erhält. So wird es z. B. in den Rubriken der Titel der Pandecten und des Codic. *de distractione pignorum* genommen. Wird die Sache dem Gläubiger übergeben, so heißt sie *pignus stricte*; im Deutschen, vorzüglich wenn eine bewegliche Sache ist, ein Faustpfand, ein handhabendes Pfand; wird sie nicht übergeben, so heißt sie hypotheca. Also das Wort hypotheca hat auch einen dreyfachen Sinn; denn es bedeutet a) ein pactum, b) ein Recht, und c) eine Sache.

Nach dem Römischen Recht hat das Faustpfand vor der Hypothek keinen Vorzug (*1). Allein nach dem Hamburgischen und Lübischen Recht geht das Faustpfand im Concurs allen Hypotheken vor (*2).

(1) Marcian sagt L. 5. §. 1. de pignor. inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt. Nemlich in Ansehung der hypothecarischen Klage sind sie nicht unterschieden. Man s. L. 12. pr. et §. fin. D. qui pot. in pign. L. 11. pr. eod. L. 8. C. eod. *Schulting* thes controv. dec. 75 th. 3. *Boehmer* diss. de divers pign. et hypoth. iure, cap. 1. §. 13. in Exercit. ad Pand. tom. 3. p. 831 *Leyser* sp. 223 med 1 *Friccii* Diss. de differ. iur. rom. et germ. circa pignus in manus traditum, diff. 2. p. 23. sqq.

(2) Hamb Recht part. 2. tit. 4 art. 2. Lüb. Recht part. 3. tit. 4. art. 6. *Brockes* sel. obs. for obs. 487. *Engelbrecht* ad obs. 12. *Balthasar* de classif. cred. in concurs. part. 2. sect. 1. pag. 25. **

§. 714. Das Pfandrecht setzt eine Verbindlichkeit voraus. Dessen Eintheilung a) in Rücksicht auf dessen Fundament.

Jedes Pfandrecht setzt eine Schuld voraus, eine Verbindlichkeit, um deren willen es bestellt wird. Jede Sache, sie sey beweglich oder unbeweglich, körperlich oder unkörperlich, welche dem Gläubiger Sicherheit zu geben vermag, kann ein Gegenstand des Pfandrechts werden. Unt. §. 793. und 794. wird dieß weiter ausgeführt werden. In Absicht des Fundaments, oder der wirkenden Ursache ist das Pfandrecht entweder pignus *voluntarium*, oder *necessarium*. (S. die 45. Tabelle.) Voluntarium heißt es, wenn es durch Vertrag oder Testament, also überhaupt durch Privatverfügung (disposit. hominis), es sey vom Schuldner selbst, oder von einem Andern bestellt wird; necessarium, wenn es ohne dergleichen besondere Einwilligung nach rechtlicher Anordnung (iuris dispositione), Statt findet. Das freywillige Pfandrecht (voluntarium) ist also entweder *conventionale* oder *testamentarium*. Jenes wird durch einen Vertrag, dieses in einem lezten Willen bestellt. Sowohl das conventionelle als das testamentarische wird in *expressum* und *tacitum* eingetheilt. Pignus conventionale expressum ist vorhanden, wenn ich dem Gläubiger mit klaren Worten ein dingliches Recht zu seiner Sicherheit ertheile; tacitum wenn sich aus Handlungen, oder auch aus einem ausdrücklichen Vertrage schließen läßt, daß ich ihm ein solches Recht habe geben wollen. Dahin

gehört

gehört der Fall, wenn ich eine Urkunde, worin Jemand meine Sachen verpfändet, unterschreibe; wenn ich meinem Gläubiger, seiner Forderung wegen, den Besitz einer meiner Sachen einräume rc. (*[1]). Pignus testamentarium expressum ist vorhanden, wenn der Testator einem chirographarischen Gläubiger ein Pfandrecht ausdrücklich vermacht (*[2]); tacitum, wenn sich ein solches Pfandrecht aus der Willensverordnung des Testators schließen läßt. Z. E. wenn mir jemand eine jährliche Einnahme aus einem gewissen Grundstück vermacht, so habe ich ein stillschweigendes testamentliches Pfandrecht auf das Grundstück.

(1) *Hert* diss. de pignore conventionali tacito, in opusc. vol. 2. part. 3. pag. 206. *Leyser* sp. 223. med. 3. sp. 235. med. 1. *Erxleben* princip. de iure pignor. et hypothecar. pag. 39. sqq. Webers Beyträge zur Lehre vom stillschweigenden Conventionalpfandrecht in d. Versuch. über d. Civilrecht rc. no. II.

(2) *Erxleben* l. c. pag. 41. sqq.

§. 715. Das nothwendige Pfandrecht ist zweyerley.

Das nothwendige Pfandrecht ist entweder ein gesetzliches, *legale*, oder ein Prätorisches; das Prätorische entweder *praetorium stricte*, oder *iudiciale*. Nemlich die Gesetze selbst geben in vielen Fällen dem Gläubiger ein Pfandrecht, dergestalt, daß er nicht nöthig hat, sich dergleichen auszubedingen. Dieses heißt pignus legale, auch *tacitum*. Man sollte auch diese letzte Benennung lieber nicht gebrauchen, weil es, wie wir vorhin hörten, auch pignora conventionalia und testamentaria *tacita* giebt, der Name pignus tacitum also zweydeutig ist (*[1 a]).

Die gesetzlichen Pfandrechte sind entweder allgemein, gehen auf das ganze Vermögen des Schuldners; oder nur speciell, sie gehen nur auf einen Theil des Vermögens (§. 717). Zu den allgemeinen gehört 1) das Pfandrecht, welches dem Fiscus zusteht, und zwar a) auf dem Vermögen derer, die mit ihm Contracte, z. E. einen Kauf-, Miethcontract u. dgl. schließen, und daher auch auf dem Vermögen seiner Verwalter, Cassirer, Renthmeister, insonderheit des primipili oder primipilaris cohortium, des Kriegskassirers, oder Kriegsproviantmeisters (*[1 b]); b) auf den Gütern der Unterthanen, welche Abgaben schuldig blieben (*[2]).

2) Die Ehefrau hat wegen ihres Eingebrachten, sowohl der Brautgabe, als der Paraphernalgüter und der donationis propter nuptias ein gesetzliches Pfandrecht auf dem Vermögen ihres Ehemannes; und der Ehemann hat ein gleiches Recht auf das Vermögen desjenigen, der ihm eine Brautgabe versprochen hat (*[3]).

Die Unmündigen und Minderjährigen haben dergleichen a) in dem Vermögen ihrer Vormünder (*[4]); b) ihres Stiefvaters. Wenn nemlich die Mutter Vormünderin ihrer Kinder war, und zur zweyten Ehe schreitet, ehe sie Rech-

nung abgelegt hat: so ist das Vermögen des zweyten Ehemannes den Kindern verpfändet (*5).

4) Wenn ein Ehegatte von dem verstorbenen Ehegatten etwas geerbt, es aber nur nutznießlich bekommen, oder durch Eingehung einer zweyten Ehe das Eigenthum des Erbtheils verlohren hat: so kommt auf seinem Vermögen den Kindern desfalls ein legalisches Pfandrecht zu. Auch wenn der Vater Güter besitzt, die den Kindern gehören, und von ihrer Mutter oder mütterlichen Ascendenten herkommen: so haben die Kinder auf dessen Vermögen ein solches Pfandrecht. Also nicht wegen aller Adventicien steht ihnen dergleichen zu, aber auch nicht allein wegen der mütterlichen Brautgabe (*6).

5) Die Legatarien, fideicommissarii singulares und donatarii mortis causa (*7) auf dem Vermögen des Verstorbenen. Ich habe nur hierbey zu bemerken: a) wenn man den Legatarien ein legalisches Pfand zuschreibt, so ist dieses nicht von der legirten Sache zu verstehen; denn davon sind sie Eigenthümer. b) Das Pfandrecht kommt ihnen nur auf die Güter zu, welche der Erbe vom Erblasser erhalten hat, nicht auf des Erben eigene. c) Sachen, welche Andern vermacht sind, sind ebenfalls nicht unter diesem Pfandrecht begriffen; das heißt, wenn dem A. das Haus, dem B. der Garten vermacht ist, so hat A. kein Pfandrecht auf den Garten, und B. keins auf das Haus. d) Da die Vermächtnisse nicht eher, als nach Bezahlung aller Schulden prästirt werden, so wird ein Legatar vermöge dieses Pfandrechts keinem Gläubiger, wenn auch dieser kein Pfandrecht hat, vorgezogen.

Ein specielles legalisches Pfandrecht haben 6) die Pupillen und Minderjährigen, wenn jemand, der Gelder von ihnen in Händen hat, damit etwas erkauft (*8. Nemlich, wenn jemand mit dem Gelde eines Pupillen oder Minderjährigen etwas für sich, in der Absicht es zu behalten, erkauft: so sind drey Fälle zu unterscheiden. Erster Fall: der Vormund nimmt Geld aus der Vormundskasse, und kauft sich etwas dafür. Zweyter Fall: ein Anderer hat Geld des Pupillen oder Minderjährigen als mandatarius, depositarius u. dgl. in Händen, und kauft dafür. Dritter Fall: ich borge Geld vom Vormund, um damit etwas zu erkaufen. Im ersten kann der Pupill und Minderjährige die Sache vindiciren, *utilem rei vindicationem* anstellen, er hat aber auch ein Pfandrecht darauf. Im zweyten kann er sie zwar nicht als eigen in Anspruch nehmen, er hat aber doch ein Pfandrecht. Im dritten kommt dem Pupillen und Minderjährigen gar kein Recht auf die Sache zu.

7) Wer Geld zur Herstellung oder Ausbesserung eines Gebäudes borgt (*9a). Denn dem Staate ist daran gelegen, daß die Gebäude nicht zusammenfallen, und die verfallenen wieder hergestellt werden. Wenigstens ist gewiß, daß wer zur Herstellung eines Gebäudes Geld hergiebt, ein legalisches Pfand-

recht habe. Aber ob dieß auch Statt findet, wenn man zur Ausbesserung einen Vorschuß thut, daran wollen Einige, wiewohl ohne Grund, zweifeln (*[9b]). Endlich ist außer Zweifel, daß wer zu Aufbauung eines neuen Gebäudes, auf einen Platz, wo vorher keins gestanden hat, Geld leihet, kein gesetzliches Pfandrecht hat (*[10]).

8. Der Verpachter eines praedii urbani in den eingebrachten Mobilien (invectis et illatis) des Miethmannes, wenn der Miethmann etwas aus dem Contract schuldig bleibt, z. E. das Pachtgeld nicht bezahlt, die gepachtete Sache verdirbt ꝛc. Man bemerke aber: praedium urbanum heißt hier a) jedes Gebäude, Wohnhaus, Scheune, Stall u. s. w. b) Ein leerer Platz, der nicht gemiethet wird, Früchte darauf zu ziehen, sondern in anderer Absicht, z. E. um Holz dahin zu legen (*[11]). Wenn ich ein solches praedium miethe: so sind die Sachen, die ich dahin bringe; Meubles, Bücher, Vieh u. s. w. dem Vermiether gesetzlich verpfändet. Wenn ich hingegen 9) ein praedium rusticum pachte, das heißt, einen Platz, Garten, Acker, Wiese, Landgut, um Früchte darauf zu ziehen: so sind dem Verpachter die Früchte gesetzlich verpfändet, nicht die illata (*[12]).

Ein Prätorisches Pfandrecht erhalte ich, wenn mich der Prätor in Güter einweiset (per missionem in bona) (*[13]). Dieß geschah bey den Römern: 1) wenn mein Gegentheil im Prozeß ungehorsamlich außenblieb (contumaciae coërcendae causa) 2) Wenn jemand sich weigerte, mir Caution de damno infecto zu leisten (§. 824.). 3) Wenn ich gegen meinen Schuldner noch zur Zeit nicht klagen konnte, und doch Gefahr lief, durch Verzug um mein Recht zu kommen; z. E. es war mir ein Vermächtniß nach einer gewissen Zeit, oder unter einer Bedingung hinterlassen, und ich mußte fürchten, daß bis dahin der Erbe alles durchbringen werde; dieser auch mir keine Caution leisten konnte, oder wollte; oder mein Schuldner war in feindlicher Gefangenschaft. 4) Eine Wittwe erhält dergleichen durch die bonorum possessionem ventris nomine. (§. 656.) 5) Wenn ich eine Personalklage angestellt, und den Proceß gewonnen habe, der Beklagte aber die Sentenz nicht befolgen kann, oder nicht will. Hier nimmt man ihm soviel von seinen Gütern weg, als zu meiner Bezahlung nöthig ist, und setzt mich in den Besitz; der Gegentheil ist binnen zwey Monaten befugt, die Sachen einzulösen. Unterläßt er dieses, so werden sie aufgesteckt, ich befriedigt, und ihm der Ueberschuß herausgegeben. Man nennt das Prätorische Pfandrecht, das ich in diesem Fall erhalte, weil es gegeben wird, *iudicati* exsequendi causa, pignus *iudiciale*; die andern vorbenannten hingegen *praetoria stricte dicta* (*[14]).

Die zwey ersten Gattungen des Prätorischen Pfandrechtes sind in Deutschland nicht gewöhnlich (*[15]), wohl aber die übrigen (*[16]).

Merkwürdig ist, daß wenn mehrere Prätorische Pfandrechte zusammentreffen, d. i. mehrere Gläubiger vom Prätor in das Vermögen Eines Schuldners immittirt werden, auf das Alter dieser Pfandrechte nichts ankommt, das heißt, der, welcher eher immittirt worden ist, hat darum keinen Vorzug vor dem später Immittirten (§. 718).

(1 a) *Io. Theoph. Schnorr* praesid. *Io. Theoph. Seger* historia iur. civ. de pignoribus tacite contractis. Lips. 1772. — Man sehe auch Westphal System. Erläuterung. der Röm. Gesetze v. Pfandrechte §. 73. ꝛc. Eine neuere und vorzüglich bemerkenswerthe Schrift über das gesetzliche Pfandrecht und andere zur Begünstigung gewisser Gläubiger abzweckende rechtliche Anordnungen ist: *C. Runde* comment. de historia, indole ac vi remedior. securitatis per privilegia personalia, hypothecas etc. Gött. 1794. W.

(1 b) L. 28. D de iur. fisc. L. 2. C. de priv. fisci (VII. 73.)

(2) L. 1. C. in quib. caus. pign. (VIII. 15.)

(3) Justinian gab den Eheweibern die Legalhypothek zur Sicherheit des Brautschatzes, zuerst auf die Dotalsachen selbst, L. 30. C. de iure dot. (V. 12.) so daß sie dieselben entweder als die ihrigen vindiciren, oder, als gehörten sie dem Manne, mittelst der hypothecarischen Klage in Anspruch nehmen konnten. Nachher ertheilte er ihnen eine Hypothek auf das Vermögen des Mannes, und umgekehrt auch dergleichen dem Ehemanne in dem Vermögen dessen, der eine Brautgabe versprochen hat. L. un. §. 1. C. de rei uxor. act. (V. 13.) In der L. ult. C. de pact. convent. V. 14. wird der Frau auch wegen ihrer Paraphernalgüter ein Pfandrecht gegeben. Ob dieses Gesetz aber allgemein, oder nur von dem darin ausgedruckten besondern Falle zu nehmen sey, ist nicht ganz ausgemacht. *Schulting* thes. controv. dec. 77. th. 3. Der deutsche Gerichtsbrauch nimmt es für allgemein. Mehr von dem Pfandrechte der Ehefrau s. bey Gmelin Ordnung der Gläubiger Cap. 4. §. 28. Dabelow ausführl. Entwick. d. Concurs ꝛc. S. 214. 259. ic.

(4) L. 20. C. de admin. tut. (V. 37.) Man dehnt dieß auch auf die aus, welche Güter einer Stadt verwalten. *Schulting* l. c. th. 5.

(5) L. 6. C. in quib. caus. (VIII. 15.)

(6) L. 6. § 2. de sec. nupt. (V. 9.) L. 6. §. 4. C. de bon. quae lib. (VI. 60.) *Scip. Gentilis* de bon matern. cap. 8. *Boehmer* I. E. P. lib. 3. tit. 42. §. 47. *Wernher* part. 1. obs. 19. *Leyser* sp. 226. med. 4. 5. Struben rechtl. Bed. part. 3 num. 53. *Hellfeld* diss. de diverso pignoris iure liberis in bonis parentum competente, in opusc. p. 116.

(7) *Walch* controvers. p. 424. edit. III.

(8) L. 7. D. qui pot. in pign. L. 3. pr. de reb. eor. qui sub tut. L. 2. quando ex facto tut. *Erxleben* tr. cit. pag. 68.

(9 a) L. 1. D. in quib. caus. pign. L. 52. §. 10. D. pro soc. L. 24. §. 1. D. de reb. auct. iud. poss. Nov. 97. cap. 3. *Walch* diss. de privilegio pecuniae in refectionem aedium creditae. Ien. 1771.

(9 b) *Walch* l. c. sect. 2 §. 3. Dabelow vom Concurs 2. B. 437. S. und in der ausführlichen Entwickelung dieser Lehre pag. 197. ꝛc.

(10) *Pufendorf* tom. 3. obs. 194.

(11) L. 4. L. 7. D. in quib. caus. etc. Vers. über das Civilrecht No. II. S. 82 ꝛc.

Einige behaupten, daß nach dem Gerichtsbrauche jedem Verpachter die invecta und illata stillschweigend verpfändet seyen. Andere aber widersprechen dieser Behauptung.

(12) L. 4. L. 7. pr. eod. *Coccei* iur. controv. lib. 20. tit. 2. qu. 14. *Walch* controv. p. 428. edit. III. Zwar scheint L. 5. C. de loc. conduct. (IV. 65.) dem Verpachter ein gesetzliches Pfandrecht auf die illata zu geben, wo es heißt: certi iuris est, ea, quae voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis praediorum teneri. Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini; nam ea quoque pignoris iure teneutur. Unter den mancherley Erklärungen, wodurch man diese Stelle mit dem Pandectenrecht zu vereinigen gesucht hat, ist immer noch die beste, wenn man annimmt, das Gesetz rede eigentlich von einem pignore *conventionali tacito*. Man hatte mit dem Pachter ausgemacht, daß er gewisse Sachen, die zur Cultur des Gutes nicht nothwendig waren, auf das Landgut bringen solle. Darin liegt eine stillschweigende conventionelle Oppignoration. *Balduin* de pignor. cap. 6. *Bachov.* de pign. lib. 1. cap. 11. Weber Versuch über den wahren Sinn der L. 5. C. locat. Rostock in den anges. Vers. No. II. 1.

(13) Non est mirum, sagt Ulpian L. 26. pr. de pign. act. si ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui.

(14) Im Römischen Gesetzbuche kommt der Name pignus *iudiciale* nicht vor, sondern dieses Pfand heißt pignus, *quod in causa iudicati capitur.*

(15) Von der Immission wegen ungehorsamen Aussenbleibens vor Gericht, s. Glück Pandecten 3 Band. 453. S.

(16) *Lud. Conr. Schroeder* opusc. de natura et effectibus pignoris praetorii atque iudicialis, (Marb. 1751.) §. 163. sqq. *Erxleben* tr. cit. pag. 74. sqq. Einige Rechtsgelehrte behaupten, daß man durch Anlegung eines Arrestes ein Prätorisches Pfandrecht erhalte; allein ohne Grund. Strube rechtl. Bed. 3te Abh. 77. S.

§. 716. Eintheilungen des Pfandrechtes b) in Absicht seines Ansehens.

Siehet man auf die verschiedene Autorität, worauf das Pfandrecht gegründet ist: so ist es entweder ein öffentliches, oder ein Privatpfandrecht. Ein öffentliches Pfandrecht nemlich heißt ein solches, welches vom Schuldner entweder a) gerichtlich, oder b) vor drey männlichen unbescholtenen Zeugen (pignus quasi publicum) bestellt wird. Also man bemerke: 1) das öffentliche Pfandrecht muß im Gericht bestellt werden; der Schuldner muß entweder in eigener Person, oder durch einen besonders Bevollmächtigten bey der Obrigkeit (*1) einkommen, erklären, daß er dem Gläubiger ein Pfandrecht ertheile, und um dessen Bestätigung bitten. Die Confirmation, die der Gläubiger allein bey der Obrigkeit einholt, verwandelt ein Privatpfandrecht nicht in ein öffentliches (*2): denn Niemand kann ohne meinen Willen ein Realrecht auf mein Vermögen erwerben, oder das schon erworbene verstärken. Auch 2) wird ein Privatpfandrecht dadurch nicht zum öffentlichen, wenn es

der Schuldner in der Folge gerichtlich anerkennt (*[3]). 3) Wenn das öffentliche Pfandrecht vor drey Zeugen soll bestellt werden, so müssen sie a) Mannspersonen, b) unbescholten seyn, c) das Verpfändungsinstrument unterschreiben (*[4]). 4) Das öffentliche geht vermöge einer berühmten Verordnung des K. Leo (*[5]) vom Jahr 469. dem Privatpfandrecht vor (*[6]).

(1) Nach dem Römischen Recht kann jede Obrigkeit dem Pfand das Ansehen eines öffentlichen ertheilen; nach vielen deutschen Rechten hingegen kann es nur der iudex rei sitae, das ist, der, in dessen Gerichtsbezirk das verpfändete Stück liegt. *Erxleben* tract. cit. pag. 46.

(2) *Pufendorf* tom. 2. obs. 160. Kommt aber der Schuldner, oder Gläubiger und Schuldner zusammen ein, und erhält die Bestätigung: so wird die Hypothek dadurch in eine öffentliche verwandelt. *Pufendorf* tom. 4. obs. 176. Ganz allgemein läßt sich, wie *Schweder* diss. infra cit. §. 5. und Gmelin von der Ordnung der Gläubiger cap. 4. §. 12. thun, nicht behaupten: daß die gerichtliche Bestätigung ein Privatpfandrecht nicht in ein öffentliches verwandle. S. vorzüglich *Io. Fried. Wahl* diss. de validit. et effect. reservationis dominii vel hypothecae in secur. resid. pret. (Goett. 1755.) sect. 1. §. 14.

(3) *Pufendorf* tom. 1. obs. 197. *Schweder* de auctor. publ. ad pignoris constit. necessaria, §. 12. in collect. diss. vol. 2. p. 334.

(4) *Mevius* part. 7. dec. 235. *Schweder* diss. cit. §. 23. p. 356. *Müller* ad *Leyser* obs. 797. Es kann also auch in einem Notariatsinstrument ein öffentliches Pfandrecht bestellt werden. *Schweder* l. c. p. 355.

(5) In der L. 11. C. qui pot. in pign. (VIII. 18.) deren Worte sind: Scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis necne, transigendi, vel paciscendi, seu foenerandi, vel societatis coëundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis, vel contractibus conficiuntur (quas ἰδιόχειρα Graece appellantur), sive tota series earum manu contrahentium, vel notarii, vel alterius, cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones sive testibus adhibitis sive non: licet conditionales sint (quos vulgo *Tabularios* appellant), sive non, quasi publice conscriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere (decernimus). Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi (decernimus), etiamsi posterior is contineatur: nisi forte probatae atque integrae opinionis trium, vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur, tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. Ich habe hierbey zu bemerken: Vor dieser Verordnung des K. Leo wurden alle Hypotheken nach dem Alter collocirt, nur die privilegirten hatten den Vorzug vor den nicht privilegirten. Also damals standen die testamentarischen, conventionellen, prätorischen und gesetzlichen in gleichem Range. Uebrigens ist es wohl keinem gegründeten Zweifel ausgesetzt, daß der Pfandgläubiger, welcher mit einem andern über den Vorzug stritt, das vorzüglichste Alter seiner Hypothek durch Zeugen oder Documente erweisen mußte; auch daß ein bloßes Privatdocument zu diesem Beweis nicht hinreichend war, indem keine Privatscriptur gegen einen Dritten Beweiskraft hat, und ein Schuldner, um seinen ersten Pfandgläubiger zu betrügen, einem nachfolgenden Gläubiger eine Hypothek geben, und das

Instrument antedatiren könnte. Nun machte Leo seine Verordnung. Was ist der Grund derselben? Insgemein führt man weiter nichts an, als dieß: bey einer Verpfändung in einem Privatdocument könnten Betrügereyen vorgehen, dieß ist aber bey einer Hypothek, welche gerichtlich, oder vor 3 unbescholtenen Männern bestellt wird, nicht so leicht möglich. Ich glaube aber, daß Kaiser Leo doch auch außerdem darauf Rücksicht genommen habe, daß eine im Gericht, oder vor 3 unbescholtenen Männern constituirte Hypothek eher, als eine andere, zur Notiz des Publicums gelangen, ein Dritter also nicht so leicht gefährdet werden kann. Die Natur der Sache sowohl als der ganze Context der Leonischen Verordnung veranlaßt mich zu dieser Vermuthung. Ich kann mich daher auf der einen Seite zwar nicht überzeugen, daß, wie einige Juristen wirklich behaupten, der Beweis, meine Hypothek sey älter als des Andern seine, gesetzt, daß er auch vollständig geführt werden kann, hinlänglich ist, mir einen Vorzug zu geben, wenn des Andern seine jüngere Hypothek gerichtlich, oder in einem von drey männlichen unbescholtenen Zeugen unterschriebenen Document bestellt ist. Allein auf der andern Seite glaube ich, daß, wenn alle Gründe eintreten, weswegen K. Leo den öffentlichen Conventional-Hypotheken vor den privatis einen Vorzug giebt, das Pfand, es sey nun ein testamentarisches oder gesetzliches oder conventionelles, als ein publicum gelte. Also a) wenn das Factum, weswegen mir das Pfandrecht zukommt, b) die Zeit, wo es geschah, außer allem Zweifel steht, und c) es so öffentlich geschehen ist, daß es zur Notiz des Publicums gelangen konnte, wenigstens eben so leicht, als etwas, das vor Gericht, oder drey unbescholtenen Männern geschieht: so ist das Pfand unter die öffentlichen nach der Zeitordnung zu setzen. Treten hingegen jene Umstände nicht ein, so ist die Hypothek, selbst wenn sie eine gesetzliche wäre, nur als eine Privathypothek anzusehen. Ungefähr, doch nicht ganz gleicher Meynung sind *I. H. Boehmer* diss. de praerogat. hypothec. publ. cap. 1. §. 13. in Exercit. ad Pand. Tom. 3. Westphal vom Pfandrecht § 167. *Sator* diss. de pignor. praerogativa §. 13. und *Hofacker* diss. de praerogativa pignorum publicorum, Tub. 1780. welche Abhandlung ich vorzüglich empfehle. Vergl. *I. A. Hellfeld* de praerog hypoth. publicae tacitae aeque ac expressae competente in opusc. iur. civ. *E. L. Soeldner* de hypotheeis tacitis, iudicialibus s. registratis haud postponendis. Helmstad. 1785.

(6) *Boehmer* diss. de praerogativa hyp. publ. cap. 1. §. 6. sqq. *Pufendorf* Tom. 1. obs. 211. § 3. *Wahl* diss. cit.

§. 717. Eintheilungen des Pfandrechts c) in Rücksicht auf den Gegenstand.

Wenn einem mein ganzes Vermögen verpfändet ist: so heißt das pignus generale; ist aber nur ein Theil meiner Güter, oder eine einzelne Sache verpfändet: so ist es *pignus speciale*. Diese Gattungen sind hauptsächlich darinn verschieden: a) wenn ich ein pignus generale habe (*1), so kann ich von meines Schuldners Vermögen angreifen, welches Stück ich will; habe ich hingegen ein specielles Pfandrecht, so muß ich mich an die mir verpfändete Sache halten. b) Ein specielles Pfand darf der Schuldner nicht ohne Einwilligung des Gläubigers veräußern, bey einem generellen aber ist die Veräußerung erlaubt, wenn

nur der Schuldner ein anderes gleich gutes Stück dagegen anschafft (*2). Einige (*3) setzen noch c) hinzu, wenn ich mein Vermögen nur generaliter verpfändet hätte, und ein Stück davon veräußerte: so könnte der Gläubiger keine hypothecarische Klage gegen den dritten Besitzer anstellen. Aber diese Meynung ist ohne allen Grund, und den deutlichsten Gesetzen entgegen (*4).

(1) Indessen geht ein allgemeines, durch Vertrag bestelltes, Pfandrecht nicht auf die Sache, von welcher es nicht wahrscheinlich ist, daß sie der Schuldner habe verpfänden wollen. Man s. L. 6. 7. et 8. D. de pignor.

(2) v. Cramer Nebenst. 12. Theil 80 und f. Seite. Decis. Cassel. tom. 1. decis. 50. — Die Gesetze machen dieß letztere eigentlich nicht zur Bedingung. Sie gestatten auch der Regel nach dem Verpfänder die Veräußerung, ausgenommen a) bey besonders verpfändeten beweglichen Sachen; b) wenn ein anderes verabredet ist. Die an sich gültig veräußerte Sache geht aber mit dem darauf haftenden Pfande auf den neuen Erwerber über. L. 12. C. de distract. pignor. (VIII. 28.) L. 7. §. 2. D. eod. L. 19. §. 5. L. 66. pr. D. de furt. L. 3. §. 1. D. de crim. stellionat. Westphal v. Pfandr. §. 20. *Hofacker* princ. iur. civ. §. 1188. W.

(3) J. E. *Hommel* Rhapsod. obs. 327.

(4) L. 8. §. ult. C. de sec. nupt. L. un C. rem alien. gerent. L. 3. C. de remiss. pign. L. 12. C. de distr. pign. L. 15. C. de pignor. *Bachov* de pignor. cap. 5. n. 3. *Hert.* diss. de diff. pignor. gen. et spec. cap. 5. §. 1. Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien, 1. Band. 2. Theil. 110. Seite. — Von der rechtlichen Wirkung der mit einander verbundenen allgemeinen und besondern Hypothek, siehe Weber in d. Versuch üb. d. Civ. R. No. 11. 2.

§. 718. Unterschied des Pfandrechts d) in Betracht seines Vorzuges.

Das Pfandrecht ist entweder dergestalt privilegirt, daß es andern öffentlichen und ältern Pfandrechten vorgeht, oder nicht. Im ersten Falle heißt es *pignus privilegiatum*, oder *qualificatum*, oder *cum iure praelationis coniunctum.* Im letzten *simplex.*

Das pignus simplex hat also seiner Natur nach keinen Vorzug; soll es einen bekommen, so muß es durch äußerliche Umstände geschehen: das heißt, der Vorzug muß ihm entweder durch die öffentliche Autorität oder das Alter verschafft werden; das privilegirte hingegen hat seiner Natur nach einen Vorzug vor andern; es geht andern vor, ob sie gleich älter, oder mit öffentlichem Ansehen versehen sind. Oder (wenn dieses noch nicht deutlich genug ist), in dem Fall, wo mehrere Gläubiger ein Pfandrecht auf dieselbe Sache haben, gebührt der Vorzug denen, deren Pfandrecht privilegirt ist. Alsdann folgen die, welche ein nicht privilegirtes öffentliches Pfandrecht haben, und zwar so, daß das ältere Pfandrecht dem jüngeren vorgeht. Endlich werden (wenn nemlich das Pfand hinreicht) die Privatpfandgläubiger, ebenfalls nach der Ordnung des Alters, davon befriedigt (*1). Nicht nur verschiedene

gesetzliche

gesetzliche Pfandrechte, sondern auch einige conventionelle haben jenes Vorzugsrecht.

(1) Nur bey dem Prätorischen Pfandrecht giebt das Alter keinen Vorzug. L. 12. D. de reb. auct. iud. possid. L. 3. C. qui pot. in pign. VIII. 18.

§ 719. Verzeichniß der privilegirten Pfandrechte.

Privilegirte Pfandrechte nemlich sind folgende:

1) Das Pfandrecht des Fiscus, das ihm wegen rückständiger Abgaben in dem Vermögen der Unterthanen zusteht (*1).

2) Das Pfandrecht dessen, welcher zur Erkaufung einer *militiae*, das heißt, eines öffentlichen Amts, welches erblich ist, und verkauft werden kann, Geld vorstreckt, und sich zugleich nach der gesetzlichen Vorschrift ein Vorzugsrecht ausbedingt (*2).

3) Der Kriegscasse, welches sie auf das Vermögen des primi pili oder primipilaris cohortium, eines Kriegszahlmeisters, Kriegsproviantmeisters hat (*3).

4) Dessen, der zur Wiederherstellung oder Ausbesserung eines Gebäudes Geld vorschießt (*4).

5) Wer zur Erkaufung einer Sache Geld borgt, und sich ein Pfandrecht auf die Sache ausdrücklich geben läßt (*5).

6) Wenn ich eine Sache verkaufe, und mir ihr ein Pfandrecht bis zur Zahlung des Kaufschillings vorbehalte (*6).

7) Des Pupillen in Ansehung der Sache, welche mit seinem Gelde erkauft ist (*7).

8) Der Ehefrau wegen der Brautgabe (*8).

Unter diesen privilegirten Pfandrechten ist aber wieder eine eigne Rangordnung. So geht z. B. das unter Num. 1. genannte unstreitig den übrigen vor. Verschiedene privilegirte Pfandrechte hingegen haben gleiches Recht, d. i. wenn sie zusammentreffen, so werden sie nach ihrem Alter collociret; der Gläubiger, welcher das ältere Pfandrecht hat, geht dem jüngern vor. Zu beklagen ist aber, daß nicht die Rangordnung aller privilegirten Pfandrechte in den Römischen Gesetzen genau und deutlich bestimmt ist, und daher noch viel darüber gestritten wird (*9).

(1) Dieses Vorzugsrecht soll in der L. 4. C. si propter publ. pensit. (IV. 46.) gegründet seyn. Allein man s. *Walch* controv. pag. 797. edit. LI. In der Praxis ist die Sache außer Zweifel.

(2) *Eisenhardt* diss. de iure eius, qui ad militiam emendam credidit, in concursu creditorum, in opuscul. num. 10. Weber von d. Anwend. des Röm. Rechts in den angef. Versuchen rc. Nr. 1. pag. 20.

(3) L. 3. 4. C. de primipil. (XII. 63.) Hat aber nicht der Fiscus ein privilegirtes Pfandrecht auf das Vermögen aller derer, mit welchen er contrahiret?

und daher auch aller seiner Verwalter, Rentmeister u. s. w.? Die gemeine Meynung ist, daß man einen Unterschied machen müsse, zwischen dem Vermögen, welches ein solcher Contrahent vor dem Contract mit dem Fiscus besessen, und welches er erst nachher erworben hat. In Ansehung des ersten habe der Fiscus ein einfaches, in Ansehung des letzten hingegen ein privilegirtes Pfandrecht. Dieser Meynung sind *Mev.* P. 4. D. 253. *Brunnem.* proc. concurs. cap. 5. §. 51. n. 7. Strube P. 1. p. 97. *Hellfeld* diss. de hypotheca fisci cap. 2. in opusc. n 10. *Schott* diss. de vera causa praerogativae fisci in bonis a debitore post contractum acquisitis. Gmelin Ordnung der Gläubiger, Cap. 3. §. 8. *Hurlebusch* vindiciae doctrinae de privilegio fisci in bonis eorum, quibuscunque contraxit. Brunsvig. 1749. Andere hingegen z. E. *Donell.* in operibus prior. tit. de pignor. cap. 14. *Merenda* controvers. lib. 6. cap. 37. Westphal in einer Abhandlung: rechtliche Bestärkung der Meynung, daß herrschaftliche Forderungen aus einem Vertrag zwar mit einer stillschweigenden, doch nicht privilegirten Hypothek versehen sind. Halle 1778. *Raum.* diss. de concursu hypothecae generalis, prioris et posterioris in bonis post utramque adquisitis. Giss. 1791. §. 9. sagen, der Fiscus hat durchaus nur ein gemeines Pfandrecht.

Um diesen Streit zu beurtheilen, bemerke man: es ist streitig, ob eine ältere Generalhypothek einen Vorzug vor einer neuen in dem Vermögen hat, welches der Schuldner nach Bestellung beyder Hypotheken erwirbt. Ich habe z. E. im Jahr 1770. dem A. eine Hypothek auf mein sämmtliches Vermögen, gegenwärtiges und zukünftiges, gegeben. Im Jahr 1780. gebe ich dem B. ein gleiches Pfandrecht, und im Jahr 1781 erbe ich ein Haus. Die Frage ist, hat die Hypothek des A. in Ansehung dieses Hauses einen Vorzug vor der Hypothek des B.? Nach der gemeinen und richtigen Meynung allerdings. Hellfeld am a. O. behauptet zwar das Gegentheil, und glaubt, daß die zwey Hypotheken gleiches Recht auf das Haus hätten. Allein diese Meynung widerlegen *Schott* und *Ramm.* diss. cit. Nimmt man also die gemeine Meynung an, so fragt sichs weiter: ist in diesem Stück nicht eine Ausnahme bey dem Fiscus? A) Die meisten Juristen sagen Ja. Wenn ich mir eine allgemeine Hypothek habe bestellen lassen, und mein Schuldner nachher mit dem Fiscus contrahirt, so bekommt der Fiscus nicht nur ebenfalls ein allgemeines gesetzliches Pfandrecht, sondern auch ein Vorzugsrecht vor mir in dem Vermögen, welches der Schuldner nach dem Contract erwirbt. Die Vertheidiger dieser Meynung gründen sich auf L. 28. D. de iure fisci, wo Ulpian sagt: si qui mihi obligaverat, quae habet, habiturusque esset, cum fisco contraxerit; sciendum est in re postea acquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse, quod et constitutum est: praevenit enim causam pignoris fiscus. Allein diese Stelle kann und muß von dem Fall verstanden werden, wo der Fiscus älterer Gläubiger war, wie Westphal am a. O. sehr gut gezeigt hat. Die Worte: praevenit enim causam pignoris fiscus, heißen nichts anders, als: der Fiscus ist der ältere Gläubiger. In demselben Sinne heißt es in der L. 2 C. de privileg. fisci, (VII. 73.) ius fisci causam tuam praevenit. — Noch anders erklärt Hennemann über die bevorzugte Hypothek des Fiscus in den nach dem Contract erworbenen Gütern des Schuldners. Schwerin u. Wismar 1800. die angeführte L. 28. Er bestreitet gleich-

falls die nach der gemeinen Meynung hier angenommene privilegirte Hypothek, glaubt aber, daß die erwähnte Gesetzstelle eigentlich dem Fiscus nur an einer solchen Sache den Vorzug zugestehe, welche der Schuldner von ihm, dem Fiscus selbst, anfänglich etwa gepachtet, darauf aber eigenthümlich erworben hätte, und die also gleichsam schon cum onere auf den Schuldner übergegangen war, daß daher nur in diesem Betrachte eine Ausnahme von der, in der gleich weiter vorkommenden L. 21. D. Qui pot. in pign. enthaltenen Regel gestattet sey. Die Schrift verdient hierüber ganz gelesen zu werden. W.

B) Andere läugnen diese Ausnahme, und behaupten, der Fiscus habe blos in Ansehung der ihm schuldigen Steuern und Abgaben eine privilegirte; in dem Vermögen anderer Schuldner hingegen eine gemeine mit keinem Vorzugsrecht versehene Hypothek. Dieser Meynung trete ich bey, wegen der entscheidenden Stelle in der L. 21. D. qui pot. in pign. wo Scävola sagt: Titius Seiae, ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia sua bona, quae habeat habiturusve esset; postea mutuatus a fisco pecuniam pignori res suas omnes obligavit et intulit. Seiae partem debiti et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter, ut supra de pignore convenit. Quaesitum esset, an Seia praeferenda sit fisco, et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit: item in his rebus, quas post priorem obligationem acquisiit, donec universum debitum suum consequatur? Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda. Der Fall ist folgender: Titius war Vormund der Seja gewesen, und hatte in seiner Rechnung einen Passivreceß behalten. Er verpfändete ihr (im Jahr 1790) sein ganzes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen. Hierauf (im Jahr 1791 den 1. Januar) borgt er Geld vom Fiscus und verpfändet auch diesem sein ganzes Vermögen, endlich (im Jahr 1792) bezahlt er der Seja einen Theil seiner Schuld, macht sich aufs neue verbindlich, den Rest zu bezahlen, und bestellt abermals eine allgemeine Hypothek. Nun entstehen die Fragen: a) geht die Seja dem Fiscus vor in dem Vermögen, welches der Schuldner vor dem Jahr 1790 besaß? b) geht sie vor in dem Vermögen, das er nach dem Jahr 1791 erwarb? Scävola sagt: in beyderley Vermögen geht Seja vor. *Cuiac.* lib. 10. obs. 22. glaubt zwar mit Andern, die Frage sey nicht von allem nach dem Jahr 1791 erworbenen Vermögen, sondern von dem, welches Titius nach dem Jahr 1790 und vor dem 1. Januar 1791 erworben gehabt. Allein Scävola sagt ja allgemein: item in his rebus, quas post priorem obligationem (also nach dem Jahr 1790) adquisivit, donec universum suum debitum consequatur. Und warum hätte Scävola zwischen dem Vermögen, das der Schuldner vor dem Jahr 1790 besaß, aber doch vor dem 1. Jan. 1791 erwarb, distinguiren sollen, da sich hier gar kein rechtlicher Unterschied denken läßt? Andere sagen, der Fiscus habe sich nur das gegenwärtige, nicht das zukünftige Vermögen des Titius verpfänden lassen. Dieser Fall ist aber nicht nur ganz unwahrscheinlich, sondern man würde auch alsdann nicht haben sagen können, daß die Seja in dem nachher erworbenen Vermögen einen Vorzug vor dem Fiscus habe; da der Fiscus auf dieses Vermögen gar kein Recht hatte.

(4) Das Vorzugsrecht dieses Pfandes gründet sich in der Nov. 97. cap 3. vers. novimus. Indessen wird es von einigen Juristen geläugnet. Der Gerichts-

brauch nimmt es an. *Leyser* sp. 482. med. 2. *Pufendorf* Tom. 3. obs 194. *Walch* diss. de privilegio pecuniae in refectionem aedium creditae (Ien. 1771.) sec. 3.

(5) L. 7. C. qui pot. in pign. (VIII. 18.) L. ult. C. de pignor. (VIII. 14.) Nov. 79. c. 4. Man sehe *Io. Christoph Koch* diss. de pecunia ad emendum credita Giss. 1772. und (Köslins) Erklärung der L. 7. C. qui pot in pign. 1774.

(6) Arg. L. 7. D. qui pot. in pign. Nov. 97. cap. 3. L. 12. C. de distr. pign. (VIII. 28.) *Hert.* diss. de reservat. hypothecae in re vend. sect. 2. §. 11. opusc. vol. 2. part. 3. pag. 94 *Pufendorf* tom. 1. obs. 212.

(7) L. 7. pr. D. qui pot. in pign.

(8) L. ult §. 1 C. qui pot. in pign. (VIII. 18.)

(9) Man sehe indeß L. 12. C. qui pot. in pign Nov. 97. c. 3. Gmelin am a. O. 3. Cap. Dabelow vom Concurs der Gläubiger, 6tes Hauptst. u. in den ausführl. Erläuter. Cap. 11. pag. 298. vergl. *Runde* comment. (§. 715.) cit. §. 69. Westphal vom Pfandr. §. 164.

§. 720. Wie das Pfandrecht aufhöret.

Das Pfandrecht hört auf: 1) wenn die Forderung, zu deren Sicherheit es bestellt ist, durch Zahlung, Compensation, oder auf andere Art getilgt wird. 2) Wenn der Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend darauf entsagt. Stillschweigend entsagt er darauf, wenn er das Pfand ganz zurück giebt, nicht etwa es dem Schuldner bloß auf einige Zeit leihet, wenn er in dessen Verkauf willigt, ohne sich sein Pfandrecht vorzubehalten (*[1]) u. s. w. 3) Wenn Jemand auf eine Sache nur ein wiederrufliches Eigenthum hat, mir auf diese Sache ein Pfandrecht giebt, und nun sein Eigenthum ex tunc resolvirt wird: so hört auch mein Pfandrecht auf (§. 289.) (*[2]). 4) Wenn das Pfandrecht nur auf gewisse Zeit bestellt, und diese Zeit verflossen ist; 5) das Pfand selbst zu Grund gehet, z. E. verbrennt, gestohlen wird. Endlich 6) wenn es eine Specification erleidet, und zwar dergestalt, daß es nicht wieder in die vorige Form gebracht werden kann; z. E. wenn ich einem einen Wald verpfände, und aus Bäumen dieses Waldes ein Haus erbaue: so ist das Haus nicht verpfändet. Wenn ich hingegen aus der verpfändeten silbernen Caffeekanne einen Präsentirteller machen lasse, so hat der Gläubiger auf diesen ein Pfandrecht (*[3]).

(1) L. 4. §. 1. ꝛc. D. de distract. pign. *Püttmann* lib. 1. adversar. cap. 7. Westphal vom Pfandr. §. 234 ꝛc.

(2) S. die schon oben (§. 289.) empfohlene Diss. *Io. Paul. Trummer* de effectu hypothecae post resolutum dominium constituentis.

(3) *Walch* diss. de iure creditoris mutata re oppignorata. Ien. 1769.

§. 721. Wirkungen des Pfandrechts.

Die Wirkungen des Conventional-, Legal- und testamentarischen Pfandrechtes sind: 1) ein Recht des Gläubigers, die verpfändete Sache so lang zu besitzen, bis er befriedigt ist (*[1]); 2) ein Recht, gegen jeden Besitzer eine Realklage anzustellen, auch sich eines Interdicts zu bedienen. Die Realklage

heißt *actio Serviana* und *quasi Serviana*, das Interdict: *Salvianum* und *quasi Salvianum* (§. 1213. 1214). Endlich 3) ein Recht, das Pfand zu verkaufen, wie ich oben (§. 420.) weitläuftiger gezeigt habe.

Das eigentliche Prätorische Pfandrecht wirkte zuweilen bloß ein Recht, die Sache zu besitzen; zuweilen ein Recht, die Früchte zu genießen, manchmal die Befugniß, die Sache zu veräußern. Wollte Jemand den vom Prätor immittirten Gläubiger nicht in den Besitz lassen, oder wurde er aus dem Besitz gesetzt, so konnte er zu dem Interdict ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, seine Zuflucht nehmen (*2). Gestritten wurde unter den Sabinianern und Proculejanern, ob der immittirte Gläubiger, wenn er den Besitz verliere, eine Realklage gegen jeden Besitzer anstellen könne. Justinian entschied diesen Streit (*3) dahin, daß ihm allerdings diese Klage zustehen solle. In den beyden oben (§. 715.) angeführten Fällen 3) und 4), wo wir das Prätorische Pfandrecht noch haben, giebt es nur ein Recht des Besitzes, doch zieht die ventris nomine immittirte Wittwe auch die Alimente (§. 656.). Das pignus iudiciale oder iudicati causa captum (§. 715. Num. 5.) giebt ein Recht, die Sache zu besitzen und zu veräußern, auch nach Justinians eben angeführter Verordnung, das Recht gegen einen Dritten zu klagen.

Uebrigens ist das Pfandrecht untheilbar. Der Schuldner kann nicht, durch Bezahlung eines Theils der Schuld einen Theil des Pfandes frey machen. Auch wenn ein Miterbe seinen Antheil der Schuld bezahlt, so wird das Pfand, weder ganz, noch zum Theil frey. Und endlich wenn das Pfand unter mehrere Besitzer vertheilt wird, so kann sich der Pfandgläubiger an jeden Besitzer halten, und seine ganze Schuld von ihm fordern (*4).

(1) Geht das Pfandrecht auch auf Zinsen, Kosten und Conventionalstrafen? Man sehe von dieser bestrittenen Frage Webers Beyträge zu der Lehre vom stillschweigenden Conventionalpfandrecht, in den Versuch. üb. d. Civilr. N. II. 3.
(2) *Schroeder* l. c. §. 23 sqq. §. 67. sqq.
(3) L. 2. C. de praetor. pign. (VIII. 22.) *Giphan.* explan LL. Cod. pag. 357. sq.
(4) L. 11. §. 4 D. de pign. act. L 19. D. de pig. L. 65. D. de evict. L. 1. 2. C. si un. ex plur. hered. (VIII. 32.) L. 16. C. de distract. pignor. (VIII. 28.) L. 1. C. de luit. pign. (VIII. 31.) Westphal vom Pfandrecht § 33.

§ 722. Von der actione Serviana.

Das Pfandrecht wirkte anfangs bey den Römern keine dingliche Klage gegen jeden Besitzer. Ein Prätor Servius (*1) gab zuerst eine solche Klage dem Verpachter eines praedii rustici, um die Sachen in Anspruch zu nehmen, die ihm zur Sicherheit des Pachtgeldes verpfändet waren. Diese Klage heißt daher die Servianische. Sie setzt voraus, a) daß ich einem ein praedium rusticum verpachtet habe; b) daß er mir Pachtgeld schuldig bleibt; c) daß ich entweder gegen den Besitzer der auf dem Gut gezogenen Früchte klage; oder

d) gegen den Besitzer der in das Gut gebrachten Mobilien (invectorum et illatorum), wenn anders diese ausdrücklich verpfändet worden sind. Sie geht e) dahin, daß mir der Besitzer diese Sachen herausgebe.

(1) Vielleicht auch kein Prätor, sondern der Rechtsgelehrte Servius Sulpicius. Man s. *Seger* diss. histor. iur. civ. de pignor. tacite contractis, im Anhange auf der 2. Seite.

§. 723. Von der quasi Serviana.

Man hat diese Servianische Klage nachher auf andere Pfandrechte ausgedehnt, und sie in diesen andern Fällen *actionem quasi Servianam* oder *hypothecariam* genannt. In unsern Gerichten unterscheidet man actionem Servianam und quasi Servianam nicht; man nennt überhaupt die dingliche Klage, die aus dem Pfandrecht entsteht, actionem hypothecariam. Demnach ist actio hypothecaria eine Realklage, die ein Pfandgläubiger gegen den Besitzer des Pfandes anstellt, zu dem Ende, daß dieser das Pfand mit den Früchten und andern accessoriis herausgeben soll. Also 1) der Pfandgläubiger stellt sie an; er mag nun eine Hypothek oder pignus stricte dictum haben; 2) gegen den Besitzer des Pfandes. Dieser kann seyn a) der Schuldner oder Verpfänder selbst; b) ein anderer Pfandgläubiger, dem jener die Sache ebenfalls verpfändet hat; c) ein Dritter, welcher das Pfand eigenthümlich an sich gebracht hat. 3) Die Bitte bey dieser Klage ist: daß der Besitzer angehalten werde, das Pfand an den Kläger mit allen accessoriis abzutreten. Wenn man gegen den Schuldner selbst klagt: so kann man alternativisch verlangen, daß er entweder das Pfand herausgebe, oder bezahle. Wird hingegen die hypothekarische Klage gegen einen Andern angestellt, so ist zweifelhaft, ob der Kläger auf diese Weise alternativisch bitten könne. Die, welche es läugnen, sagen, der Beklagte ist in diesem Falle nicht verbunden zu zahlen (1). Er ist dazu berechtigt, wenn er es lieber thun, als den Besitz des Pfandes verlieren will. Andere halten aber eine alternative Bitte auch in diesem Fall für statthaft (2). Gewiß ist, daß in unsern Gerichten, wo man nicht so genau an den Formeln hängt, eine alternative Bitte zugelassen wird (3).

(1) *Schulting* thes. controv. dec. 76. th. 1. *Io. Flor. Rivini* diss. de libello in actione hypothecaria rite formando, Lips. 1706. §. 3. sqq. — In der That ist auch jene alternative Bitte gegen den Schuldner nur die Folge einer Verbindung der persönlichen Schuldklage und der Pfandrechtsklage, und kann daher gegen den dritten Besitzer eigentlich nicht Statt finden.

(2) *Markart* interpr. recept. iur. civ. lect. cap. 22.

(3) *Leyser* sp. 224. m. 2. *Rivinus* l. c. §. 10. *Boehmer* diss. de libell. alternativ. cap. 3. §. 10. Ex. ad Pand. Tom. 2. pag. 215. — vergl. Weber in d. Versuch. üb. d. Civilr. Nr. II. 3. §. 24.

TIT. XIV.

DE OBLIGATIONIBUS.

§. 724. Uebergang zu dem persönlichen Recht.

Wir haben oben gehört, daß das Recht der Sachen (ius rerum) entweder dingliches oder persönliches oder Possessionsrecht sey. Das Possessionsrecht und die sämmtlichen Gattungen des dinglichen Rechtes sind nun abgehandelt, und wir gehen zum persönlichen Recht (iure ad rem oder in personam) über. Dieses ist ein Recht, gegen eine verpflichtete Person, gegen eine Person, die uns etwas zu geben, oder zu thun verbunden ist. Also jedem persönlichen Rechte correspondiret eine Verbindlichkeit, und die Abhandlung vom persönlichen Rechte fängt daher mit der Lehre von der Verbindlichkeit an.

§. 725. Was ist Verbindlichkeit?

Was die Verbindlichkeit überhaupt sey, haben wir oben (§. 19.) gesehen. Hier ist von einer besondern Gattung derselben die Rede. Wir verstehen nemlich hier unter der Verbindlichkeit, obligatione, eine von den Gesetzen einer Person auferlegte Nothwendigkeit dem Andern etwas zu leisten. Also 1) es ist eine von den Gesetzen auferlegte Nothwendigkeit. Im Naturrecht streitet man noch, ob die Verbindlichkeit aus dem Gesetz, oder das Gesetz aus der Verbindlichkeit entstehe. Die Römischen Juristen aber stellen sich die Verbindlichkeit als eine Wirkung des Gesetzes vor (*[1]). 2) Sie ist einer Person auferlegt. Wenn Jemand auf eine Sache ein dingliches Recht (ius in re) hat, so ist der Besitzer der Sache auch schuldig, etwas zu thun, zu unterlassen, oder zu leiden. Allein diese Schuldigkeit ist keine Obligation in Römischer Bedeutung; denn sie ist nicht einer gewissen Person auferlegt. Z. E. wenn ich eine fremde Sache besitze, und der Eigenthümer die Vindicationsklage gegen mich anstellt: so bin ich schuldig, die Sache herauszugeben; man nennt aber diese Schuldigkeit nicht Obligation, denn nicht allein ich, sondern jeder Besitzer, muß die Sache herausgeben. Nur alsdann, wenn Jemand ein persönliches Recht (ius ad rem) gegen mich hat, und ich für meine Person schuldig bin, ihm etwas zu leisten, ist eine Obligation vorhanden (*[2]). Daher denn auch der Grundsatz: obligatio personam non egreditur; nur der ist verbunden, dem das Gesetz die Verbindlichkeit auflegt, und die Folge daraus: die Verbindlichkeit, oder richtiger das ius ad rem, das Correlat der Verbindlichkeit (§. 284.), wirkt gegen einen Dritten keine Klage. 3) Die Verbindlichkeit besteht in der Nothwendigkeit, einem Andern etwas zu

leisten, das ist, dem Andern etwas zu geben, zu thun, etwas zu seinem Besten zu unterlassen, etwas von ihm zu leiden.

(1) Pr. I. h. t.

(2) §. 1. I. de act. wo es heißt: agit unusquisque aut cum eo, *qui ei obligatus est*, aut cum eo agit, *qui nullo iure ei obligatus est, quo casu proditae actiones in rem sunt.* Einige wenige Stellen finden sich indessen, wo das Wort obligatio bey dem iure in re gebraucht wird. S. *Westenberg* de causis oblig. diss. 1. cap. 1. §. 7. — Vergl. überhaupt hiebey Glücks Pandect. §. 2. Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 1. u. 8. u. das. angef. DD.

§. 726. Eintheilung der Verbindlichkeit in Rücksicht auf ihr entferntes Fundament.

Die Verbindlichkeit ist in dieser Rücksicht entweder eine bloß natürliche, oder bloß bürgerliche, oder vermischte (S. die 46. Tabelle). Wenn mir bloß das natürliche Gesetz eine Verbindlichkeit auflegt, so heißt sie *obligatio mere naturalis.* Rührt die Verbindlichkeit allein aus einem bürgerlichen Gesetz her, so heißt sie *mere civilis.* Ist sie endlich in beyderley Gesetzen gegründet, so wird sie *mixta* genannt. Z. E. wenn ein filiusfamilias Geld borgt, so ist er nach dem Naturrecht, nicht nach den Römischen Gesetzen, verbunden, es wiederzugeben. Seine Verbindlichkeit ist also eine bloß natürliche. Ein Dieb ist nach dem Römischen Recht in gewissen Fällen dem Bestohlnen den doppelten, in andern den vierfachen Werth zu erstatten schuldig. Das Naturrecht aber weiß von dieser Verbindlichkeit nichts; sie ist also mere civilis. Der Pachter ist sowohl nach dem natürlichen, als Römischen Recht schuldig, das Pachtgeld zu bezahlen. Seine obligatio ist also eine mixta (* 1).

(1) *Io. Andr. Frommann* diss. de obligat. naturali, Tubing. 1676. *Ant. Schulting* diss. de naturali obligatione, in commentat. academ. vol. 1. diss. 1. Der Unterschied zwischen einer natürlichen im Staat bestätigten Verbindlichkeit (obligatione mixta) und einer blos bürgerlichen (mere civili) ist wichtig. Denn 1) alle Verbindlichkeiten, die das positive Recht erst eingeführt hat, gehen auch an sich nicht weiter, als der gerichtliche Effect derselben Statt findet; dahingegen die natürliche Verbindlichkeit, welche auch ohne positive Vorschrift vorhanden seyn würde, dadurch selbst nicht aufhört, daß sie in foro civili nicht wirksam ist. Wenn daher der Gesetzgeber verordnet, daß wegen einer gewissen bürgerlichen Verbindlichkeit nicht weiter geklagt werden solle, so ist dieß eben so viel, als wenn er die Verbindlichkeit selbst aufhebt; ordnet er aber solches von einer natürlichen Verbindlichkeit, so bleibt diese an sich fortdauernd. Diese wird auch 2) durch die Verjährung nicht aufgehoben; hingegen alle Verbindlichkeiten, welche blos in der bürgerlichen Legislation ihren Grund haben, werden durch den Ablauf der gesetzlichen Zeit gänzlich getilgt, so daß gar keine Verbindlichkeit weiter nachbleibt. 3) Wenn die Civilgesetze einer natürlich verbindlichen Handlung Feyerlichkeiten vorschreiben, unter welchen sie rechtsbeständig eingegangen werden können, so läßt sich nicht behaupten, daß in allen Fällen, wo die Feyerlichkeiten nicht beobachtet worden sind, keine natürliche Verbindlichkeit aus der Handlung weiter Statt finde. Ein bürgerliches

Insti-

Institut hingegen ist durchaus unverbindlich, sobald die vorgeschriebenen Feyerlichkeiten nicht beobachtet sind, und es ist höchst irrig, wenn man in solchen Fällen wenigstens immer noch eine natürliche Verbindlichkeit behaupten will. Gesetzt ein Vermächtniß ist ungültig gemacht, oder ein Testamentserbe nichtig eingesetzt: so ist im ersten Fall kein Erbe, und im zweyten kein gesetzlicher Nachfolger natürlich verbunden, eine Disposition des Vorstorbenen, welche vermöge des Naturrechts an sich nicht verbindet, und nach der Vorschrift des Civilrechts ungültig ist, zu erfüllen. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 54.

§. 727. Die blos natürliche Verbindlichkeit ist zweyerley.

Die blos natürliche Verbindlichkeit ist von einer doppelten Art. Einige natürliche Verbindlichkeiten sind von den Römischen Gesetzgebern ganz aufgehoben, zernichtet, aller ihrer Wirkungen beraubt; andere sind zwar nicht bestätigt, aber doch auch nicht völlig vernichtet. Sie produciren zwar keine Klage, aber doch andere Wirkungen. Ganz aufgehoben ist 1) die Verbindlichkeit einer Weibsperson, wenn sie sich verbürgt. Eine Weibsperson nemlich, welche Bürgin wird, ist nach dem Naturrecht zu zahlen schuldig. Allein das Römische Recht hat diese Verbindlichkeit destruirt. 2) Ein Verschwender kann sich nach dem Naturrecht verbinden; das Römische Recht hebt diese Verbindlichkeit, wenn sie das Vermögen eines erklärten Verschwenders betrifft, gänzlich auf. 3) Ein Unmündiger kann sich nach dem Naturrecht verbindlich machen, so bald er nur versteht, was eine Verbindlichkeit ist. Das Römische Gesetz aber erklärt die Verbindlichkeit der Unmündigen, in so weit sie ihm schädlich ist, für null und nichtig. 4) Wenn sich Jemand über Alimente, welche er aus einem letzten Willen zu fordern hat, aussergerichtlich vergleicht, so, daß er sich statt der Alimente eine gewisse Summe auf einmal bezahlen läßt: so ist der Vergleich nach dem Naturrecht verbindlich. Das Römische Recht aber zernichtet diese Verbindlichkeit. 5) Die Verbindlichkeit, welche aus dem Spiele entsteht, kurz eine Spielschuld (*1).

Natürliche Verbindlichkeiten, die im Römischen Recht nicht bestätiget, aber doch auch nicht zernichtet worden, sind z. E. 1) die Verbindlichkeit aus einem nudo pacto (*2). Das Naturrecht kennt den Unterschied zwischen nudis pactis und contractibus nicht. Wer einen Vertrag schließt, ist verbunden ihn zu halten. Das Römische Recht bestätigt zwar die natürliche Verbindlichkeit aus dem pacto nudo nicht, doch aber hebt sie diese auch nicht gänzlich auf. 2) Die Verbindlichkeit eines filiifamilias aus einem Gelddarlehn. Daß er nach dem Naturrecht verbunden sey, das Darlehn zu erstatten, ist ausser Zweifel. Der Römische Gesetzgeber destruirt auch diese Verbindlichkeit nicht; er assistirt ihr aber doch nicht, bestätigt sie nicht. 3) Die Verbindlichkeit zwischen Herrn und Sklaven, Vater und Sohn (*3). 4) Die Obligation eines Unmündigen,

welcher der Mündigkeit nahe ist; auch eines Minderjährigen, der ohne seinen Curator über sein Vermögen paciscirt (*4).

Die Distinction zwischen einer ganz aufgehobenen und einer blos nicht bestätigten Verbindlichkeit ist übrigens von der größten Wichtigkeit. Ihr Nutzen zeigt sich 1) in der Lehre von dem Pfandcontract. Wegen einer blos nicht bestätigten Obligation kann man etwas gültig verpfänden, wegen einer ganz aufgehobenen aber nicht. 2) In der Materie von der Bürgschaft. Für eine blos nicht bestätigte Verbindlichkeit kann man sich der Regel nach gültig verbürgen, für eine völlig aufgehobene aber nicht. 3) Bey der *condictione indebiti*. Wenn ich etwas bezahle aus einer gänzlich destruirten Obligation, weil ich glaubte, daß ich zu zahlen schuldig sey: so kann ich es durch eine Klage, welche condictio indebiti heißt, zurück verlangen. Wenn hingegen die Obligation blos nicht bestätigt ist, so fällt die condictio indebiti weg. 4) Bey der Compensation. Wenn ich einem 100 Thaler zu bezahlen habe aus einer im Staat anerkannten Obligation, und er mir 100 bezahlen soll aus einer natürlichen, blos nicht bestätigten Verbindlichkeit: so heben sich die Forderungen gegen einander auf. Ist aber seine Obligation ganz zernichtet, so muß ich bezahlen, und kann mich auf keine Compensation berufen (*5). An den gehörigen Orten, §. 793. 839. 855. 979. wird dieß alles weiter auseinander gesetzt, und mit Exempeln erläutert werden (*6).

(1) Struben rechtl. Bed. 4. Th. 334. Seite. Insgemein rechnet man zu den natürlichen, aber ganz zernichteten Verbindlichkeiten noch 5) die aus einem Testament, welches nicht nach Vorschrift der bürgerlichen Gesetze errichtet, und daher ungültig ist. Da aber die Testamente nach dem Naturrecht ganz ungültig sind, so entsteht auch keine Verbindlichkeit daraus. (§. 726. Anmerk.) 6) Die Verbindlichkeit des Erben, die Vermächtnisse ganz, ohne Abzug der Falcidischen Quart auszuzahlen. Allein es ist sonderbar, wenn ältere und neuere Juristen behaupten, der Erbe sey natürlich verbunden, die legata ohne Abzug zu entrichten, da doch das Testament mit allen daraus entstehenden Rechten und Verbindlichkeiten ein institutum civile ist, und folglich auch weiter keinen natürlichen Effect haben kann, als das Civilrecht ihm beygelegt hat. Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 64.

(2) *Schulting* diss. cit. cap. 5.

(3) Idem cap. 8. et 9.

(4) Idem cap. 10.

(5) Idem cap. 4.

(6) Ich habe die Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit nach den gemeinen Begriffen vorgetragen. Diese Vorstellungsart bestreitet aber Adolph Dietr. Weber in seiner Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 42 u. f. und stellt dagegen §. 59 Seite 192. der 3ten Ausg. folgendes System auf. „Erstlich: eine jede natürliche Verbindlichkeit, welche dem Menschen außer dem bürgerlichen Zustande obliegen würde, ist auch an sich in diesem Zustand vorhanden, und fortdaurend; nur diejenigen Fälle ausgenom-

men, da das bürgerliche Verhältniß des Menschen eine solche Aenderung der Umstände hervorbringt, daß die Obligation damit nicht bestehen kann. Zweytens: eine jede natürliche Zwangspflicht hat auch in den bürgerlichen Gerichten den völligen Effect, sie kann in der Regel, beydes durch Klagen und Einreden, geltend gemacht werden: außer in denen Fällen, wo die Gesetze in specie die gerichtliche Wirksamkeit versagt oder eingeschränkt haben. Drittens: wenn aber dergleichen einschränkende Gesetze wirklich vorhanden sind: so verliert doch die natürliche Verbindlichkeit in Ansehung des gerichtlichen Effects nur so viel, als das positive Recht derselben namentlich entzogen hat; mithin bleiben diejenigen Effecte, welche in den Gesetzen nicht ausdrücklich aufgehoben sind, allerdings auch in foro civili fortdaurend. Viertens: was an sich nur Liebespflicht ist, kann auch nie in Gerichten als erzwingbare Schuldigkeit gefordert werden, es wäre denn, daß durch Vorschrift des bürgerlichen Rechts das Gegentheil verordnet werden; das letztere ist aber, als Ausnahme von der Regel, so strenge zu erklären, daß weder von einem Fall auf den andern, noch von einer gerichtlichen Wirkung auf alle übrigen die Ausdehnung zuläßig ist. Mit einem Worte: was an sich nur Liebespflicht ist, hat in foro civili nicht mehr Kraft, als die Gesetze wirklich gestattet haben; die natürliche Zwangspflicht hingegen hat alle gerichtliche Wirkung, welche ihr nicht ausdrücklich genommen ist." Alle diese Sätze sind so einleuchtend, daß ich dem System meinen ganzen Beyfall geben muß.

§. 728. Die blos bürgerliche Verbindlichkeit ist auch zweyerley.

Die blos bürgerliche Verbindlichkeit ist entweder wirksam oder unwirksam. Nemlich zuweilen kann ich zwar aus der bürgerlichen Verbindlichkeit klagen; aber der Beklagte ist befugt, sich durch eine Exception gegen die Klage zu schützen und mich abzuweisen: meine Klage bleibt also ohne Wirkung. Hingegen giebt es auch Fälle, wo ich mit Effect aus der bürgerlichen Verbindlichkeit klagen kann, weil dem Beklagten keine Exception dagegen zusteht. Dahin gehört: a) wenn mir ein depositarius das depositum miserabile vorsetzlich abgeläugnet hat: denn ich kann ihn auf den doppelten Ersatz belangen (§. 785.), ohne daß er sich mit einer gegründeten Exception gegen die Klage schützen könnte. Also seine Obligation ist eine wirksame. b) Ein Delinquent muß nach Römischem Recht zur Strafe zuweilen den doppelten, dreyfachen, vierfachen Werth des Schadens, den er einem Andern zugefügt hat, zuweilen eine andere Strafe bezahlen. Diese Verbindlichkeit kennt das Naturrecht nicht, sie ist also blos bürgerlich, aber wirksam; denn der Verpflichtete kann sich dagegen mit keiner Exception helfen. c) Wenn ich durch eine rechtskräftige richterliche Sentenz zu etwas verurtheilt bin, so muß ich prästiren, ob ich es gleich nicht schuldig war. d) Wer eine Handschrift ausstellt, muß in gewissen Fällen bezahlen, wenn er gleich auf die Handschrift nichts erhalten hat. (§. 850 u. f.)

Unwirksame bürgerliche Verbindlichkeiten sind folgende. a) Wenn ich einen zu einem Vertrag zwinge, so ist der Vertrag nach dem Naturrecht un-

gültig; aber nach dem Römischen Recht ist er, einige wenige Fälle ausgenommen (§. 1005.) verbindlich. Diese Verbindlichkeit ist also eine blos bürgerliche, aber doch eine unwirksame; denn wenn ich aus dem erzwungenen Vertrag klage, so kann mir der Beklagte exceptionem metus entgegen setzen, und mich damit abweisen. b) Wenn ich einem eine Schuld durch einen blossen Vertrag, ohne feyerliche Worte erlasse, so ist er mir nach strengem Recht noch immer schuldig. Allein wenn ich ihn belange, setzt er mir exceptionem pacti entgegen. c) Wer durch feyerliche Worte etwas auf eine gewisse Zeit versprochen hat, ist auch nach Verlauf der Zeit schuldig es zu leisten. Wird er aber belangt, so schützt er sich mit der exceptione doli oder pacti (§. 808.).

§. 729. Die vermischte Verbindlichkeit ist gleichfalls von zweyerley Art.

Die vermischte Verbindlichkeit ist entweder mixta *praetoria*, oder mixta *civilis*. Wenn nemlich der **Prätor** eine natürliche Verbindlichkeit bestätigt, so heißt sie *mixta praetoria*; wenn die **Civilgesetze** im eigentlichen **Verstande** (§. 31. Not.) selbst ihr beytreten, so heißt sie *mixta civilis*. Z. E. wenn ich einem eine Sache zur Hypothek setze, so entsteht aus dem Vertrage eine natürliche Verbindlichkeit, und sie ist vom Prätor bestätigt worden. Also die Verbindlichkeit aus dem Hypothekenvertrage ist eine mixta praetoria. Von dieser Art ist auch die Verbindlichkeit aus dem constituto (§. 846. 847.). Hingegen wenn ich einem etwas aus einem Contract, z. E. Kauf-, Miethcontract, Tausch u. s. w. schuldig bin: so ist die Verbindlichkeit eine mixta civilis; denn das Naturrecht und eigentliche ius civile legen sie zusammen auf.

§. 730. Zweyte Eintheilung der Verbindlichkeit in Rücksicht auf ihr nächstes Fundament.

Sieht man auf das nächste Fundament der Obligation, so ist sie entweder eine **mittelbare**, oder **unmittelbare**. Jede Verbindlichkeit entsteht aus einem Gesetz. Aber in einigen Fällen liegt der nächste Grund der Verbindlichkeit in der gesetzlichen Vorschrift; in andern Fällen liegt er in einer moralischen Handlung des Verpflichteten. Die Verbindlichkeit der ersten Art heißt eine **unmittelbare** (obligatio *immediata*), die der zweyten Art eine **mittelbare Verbindlichkeit** (*mediata*) (*1). Z. E. der Vater ist seinen Kindern die Alimente schuldig. Wenn mir daran gelegen ist, eine Sache zu sehen, die ein Anderer besitzt, weil ich vermuthe, daß sie mein gehöre, und sie vindiciren will, so ist der Besitzer verbunden, sie mir zu zeigen (ad exhibendum). Der nächste Grund dieser Verbindlichkeiten liegt unmittelbar im Gesetz (*2). Hingegen die Verbindlichkeit des Käufers, den Kaufschilling zu bezahlen; die Verbindlichkeit eines Diebes, den Schaden zu ersetzen, sind mittelbare. Denn der nächste Grund von jener liegt in einem Contract, das nächste Fundament von diesem in einem Verbrechen.

Einige (*3) verwerfen diese Distinction der Verbindlichkeit ganz; sie sagen, jede Verbindlichkeit supponire ein Factum. Allein ob es gleich wahr ist, daß jede hypothetische (*4) Verbindlichkeit ein Factum voraussetzt: so wirft doch dieß jene Distinction nicht um. Denn wenn man nur den unterscheidenden Character der mittelbaren und unmittelbaren Verbindlichkeit gehörig festsetzt, und den nächsten Grund der Verbindlichkeit nicht mit dem entfernteren verwirret, so ist unsre Eintheilung vollkommen gerechtfertigt (*5).

(1) Cajus sagt in der L. 1. pr. D. de O et A. obligatio nascitur aut *contractu*, aut ex *maleficio*, aut proprio quodam iure *ex variis causarum figuris*. Unter dieser letzten Art von Verbindlichkeit versteht er a) die, welche aus einem Quasicontract, b) aus einem Quasidelict und c) unmittelbar aus den Gesetzen entsteht. *Schulting* in not. ad Gaii instit. lib. 2. tit. 9. Meurer jurist. Abh. S. 17. u. f. f. Weber Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 22. *Io. Iul. Fressel* diss. de variis causarum figuris, (Ien. 1701.) § 7. sqq Man sehe auch *Frid. Godofr. Hauck* orat. de proprio obligationum iure ex variis causarum figuris, in *Oelrichs* thesaur. nov. diss. Belgicar. Vol. 3. Tom. 1. p. 399. sqq.

(2) Hieher gehört auch *lex Rhodia de iactu*. Wenn bey einem Sturm meine Güter aus dem Schiffe geworfen werden, um es zu erleichtern, und das Schiff gerettet wird, so müssen alle, welche Waaren auf dem Schiffe haben, mich entschädigen. Dieß Gesetz wird auch auf ähnliche Fälle ausgedehnt. Z. E. wenn in Kriegszeiten das Haus eines Bürgers zum Lazareth genommen wird, Strube rechtl. Bed. 1. B. 218. S. 3. B. 103. S.

(3) Man s. Meurer am a. O. 1. Cap. und Thibaut Vers. über die Theorie d. Rechts I. 12. 237. rc.

(4 Im Naturrecht theilt man die Verbindlichkeiten in absolute und hypothetische ein. Man s. mein Naturrecht §. 35.

(5) Weber a. a. O. §. 32. S. auch Glück über Hellfeld, 1. B. §. 2. Ich muß hier bemerken, daß es ein gemeines juristisches Sprichwort ist, was dir nicht schadet, und Anderen nutzet, dazu bist du verbunden (quod tibi non nocet et alteri prodest, ad id potes compelli). Allein so gemein diese Regel ist, so falsch ist sie. Nur in den Fällen, wo die Gesetze mir ausdrücklich eine Zwangspflicht aus dem Grunde auflegen, weil mir die Handlung nicht schädlich, und einem Andern nützlich ist, hat eine solche Verbindlichkeit Statt, Man s. *Ge. Beyer* themat. Ex. 1. n. 4. in opusc. *Pufendorf* Tom. 4. obs. 258. Weber von der natürl. Verbindlichkeit. § 101. Glück am a. O §. 3.

§. 731. Die mittelbare Verbindlichkeit ist zweyerley.

Alle mittelbare Verbindlichkeiten entstehen entweder 1) aus einer erlaubten Handlung, das heißt, einem **Vertrage** (conventione), oder einem Quasicontracte, oder 2) aus einer unerlaubten Handlung, nemlich einem **Verbrechen** (delicto s. maleficio), oder quasidelicto. Von den ersten wird in diesem ganzen dritten Buche, von den letztern in des vierten Buchs 1. 2. 3. 4. und 5. Titel gehandelt (*).

(*) Vergl. jedoch Weber a. a. O. §. 6. rc. 30. rc.

§. 732. Was ist ein Vertrag, was ein obligatorischer und liberatorischer?

Conventio, pactio, pactum in weitläuftigem Verstande, Vertrag, ist — gegenseitig erklärte Einwilligung zweyer oder mehrerer Personen, welche irgend ein Rechtsverhältniß derselben betrift, oder wie man gewöhnlich sagt — ein acceptirtes Versprechen. Versprechen nemlich ist eine Erklärung, daß man dem Andern etwas leisten, das heißt, etwas geben, thun, leiden, oder unterlassen wolle; und wenn der Andere erklärt, daß er sich das Object wolle leisten lassen, so hat er acceptirt. Also zu einem Vertrage wird erfordert, daß ein Theil declarirt, er wolle alles prästiren, und der Andere, er wolle es sich prästiren lassen (*1).

Einige Anmerkungen muß ich beyfügen. Die erste ist: man theilt die Verträge in obligatorische und liberatorische ein. Wenn durch den Vertrag eine noch nicht vorhandene Verbindlichkeit festgesetzt wird, so heißt es pactum *obligatorium*; wenn aber eine schon existirende Verbindlichkeit auf der einen Seite aufgehoben, und dagegen eine negative auf der andern Seite aufgestellt wird, vermöge deren einer nicht thun darf, was er zuvor thun durfte: so heißt es pactum *liberatorium, remissorium* oder *de non petendo*. Z. E. wenn ich einem verspreche, 1000 Thlr. zu bezahlen, so ist es pactum obligatorium. Denn ich übernehme eine Verbindlichkeit, die ich zuvor nicht hatte. Wenn ich hingegen dem Andern eine Forderung von 1000 Thalern erlasse, so ist es ein pactum liberatorium. Denn die Verbindlichkeit, mir 1000 Thaler zu bezahlen, wird auf Seiten des Schuldners aufgehoben, und auf meiner Seite wird eine negative Verbindlichkeit festgesetzt, die Verbindlichkeit, die 1000 Thaler nicht zu fordern. Wenn die Römischen Juristen von pactis schlechtweg reden, so verstehen sie meistens die liberatoria oder de non petendo darunter. Im ganzen Titel der Pandecten de pactis ist fast durchaus unter dem Wort pactum ein liberatorium zu verstehen.

Die zweyte: die Verträge sind ferner entweder vergeltliche (conventiones *onerosae*), oder unentgeltliche, wohlthätige (*beneficae*). Wenn ich etwas verspreche zum Vortheil des Andern, und dieser etwas verspricht, das unmittelbar oder mittelbar mir vortheilhaft ist, so ist es ein oneroser Vertrag. Wenn ich hingegen etwas dem Andern Nützliches verspreche, und er nichts, was mir mittelbar oder unmittelbar nützlich ist, so heißt es ein wohlthätiger Vertrag. Also 1) es ist ein wohlthätiger Vertrag, wenn ich etwas verspreche, und der Andere etwas dagegen verspricht, was aber ihm allein nützlich ist. Z. E. ich verspreche dir 4000 Thaler, aber du mußt dich verpflichten, diese Summe zum Ankauf eines Hauses zu verwenden. Es ist hingegen 2) ein oneroser Vertrag, wenn ich etwas verspreche, was dem Andern vortheilhaft ist, und er etwas verspricht, was unmittelbar einem Dritten nützlich ist, ich aber doch dabey interessiret

bin, daß es dem Dritten geleistet werde; z. E. ich verspreche dir jährlich 100 Thaler, du mußt aber dafür meine Schwester verköstigen. Conventiones beneficae sind die Schenkung, das commodatum, depositum, das unverzinsliche Darlehn, ein ganz unentgeltlich übernommenes mandatum, die Bürgschaft, die Expromission. Daß es Geschäfte gebe, die aus einem wohlthätigen und onerosen Vertrage zusammengesetzt sind (negotia ex onerosis et gratuitis mixta), habe ich oben (§. 409. Not. 3) bemerkt.

Die dritte endlich: in den Verträgen sind die **wesentlichen Stücke** (*essentialia*), die **gesetzlichen Bestimmungen** (*naturalia*), und die **zufälligen** (*accidentalia*) zu unterscheiden. Nemlich die Bestimmungen, welche zu einem gewissen Vertrage nothwendig erfordert werden, so, daß er entweder nichtig ist, wenn diese Bestimmungen fehlen, oder wenigstens dieser Vertrag nicht ist, sondern in ein anderes Geschäft übergehet, heißen essentialia. Die Bestimmungen, welche der Vertrag gewöhnlich hat, deren Daseyn also vermuthet wird; die aber doch davon getrennt werden können, wenn es die Paciscenten ausmachen, heißen naturalia. Endlich solche Eigenschaften, die nicht bey dem Vertrage gewöhnlich sind, und dabey nicht Statt finden, wenn es nicht ausdrücklich ausbedungen wird, werden accidentalia genannt. Z. E. bey dem Kaufcontract sind wesentliche Eigenschaften Waare, und ein in Geld bestehender Preis. Wo dieß nicht ist, da läßt sich kein Kauf denken. Naturalia hingegen bey dem Kauf sind z. E., daß der Verkäufer die Eviction leisten (§. 960. u. f. f.), daß der Käufer Zinsen vom Kaufschilling bezahlen muß, sobald ihm die Waare tradirt ist. Denn dieß ist bey dem Kauf gewöhnlich, und es ist so lang Rechtens, als nicht ein anderes ausgemacht wird. Accidentalia z. B. sind, daß der Kaufschilling in gewissen Münzsorten bezahlt werden soll; der Vertrag, daß wenn der Käufer binnen einer gewissen Zeit nicht bezahlt, der Kauf nicht gilt; daß der Verkäufer befugt ist, binnen gewisser Zeit die Sache wieder einzulösen u. dgl. Denn alle diese Bestimmungen, Rechte und Verbindlichkeiten finden nicht Statt, wenn sie nicht ausdrücklich ausbedungen werden (*2).

(1) Daß es Rechtsgelehrte giebt, welche behaupten, die Schenkungen seyen ohne Acceptation gültig, habe ich oben (§. 411. 414.) angeführt. Viele glauben, daß die Erlassung einer Schuld ohne Acceptation gelte. *Wernher* Tom. II. P. 8. obs. 591. *Hommel* rhaps. quaest. obs. 11. u. a. m. Allein auch dieß ist ohne Grund. *Io. Pet. Wolber* diss. de opinata remissionum debiti sine acceptatione et insinuatione iudiciali validitate. Goett. 1748. *Io. Christoph Koch* specim. compend. Pand. medit. 4. J. L. Schmidt öffentl. Rechtssprüche No. 65.

(2) Die essentialia und naturalia nennt Papinian L. 72. D. de contr. emt. mit Einem Worte: *adminicula* des Vertrages.

§. 733. Grundsätze bey den Verträgen.

Aus der Natur des Vertrages fließen folgende Grundsätze: 1) Ein jeder Vertrag erfordert die Einwilligung des Paciscenten. Denn wenn zwey Personen einen Vertrag schließen, so will der eine etwas leisten, und der andere will es sich leisten lassen; beyde also wollen, daß etwas durch eine freye Handlung zu Stande komme. Wer aber dieses will, der willigt ein (consentit). Also gehört zu jedem Vertrag der Consens, die Einwilligung. 2) Ein Vertrag erfordert mehr als eine Person. Einer kann nicht mit sich selbst paciscіren; wenigstens also zwey Personen sind zu einem Vertrage erforderlich. 3) Die Absicht der Paciscenten ist, sich zu verpflichten, und ein Recht zu transferiren. 4) Die Verträge sind eingeführt, damit ein Mensch sich gewisse Vortheile verschaffen kann. Man wünscht oft, daß uns ein Anderer etwas leiste; weil aber dieser gar nicht, oder doch nicht vollkommen dazu verbunden ist, so kann man nicht darauf rechnen. Man schließt also ein pactum mit ihm. Dieß giebt uns den Vortheil, daß nun der Andere vollkommen verpflichtet ist, und wir ihn zwingen können (§. 20.). 5) Die Paciscenten werden durch den Vertrag so und nicht anders verbunden, als sie sich haben verbinden wollen.

§. 734. Die Verträge erfordern Einwilligung.

Die Verträge erfordern die Einwilligung beyder Paciscenten. 1) Wer also nicht einwilligen kann, der kann auch nicht paciscіren; dergleichen sind Kinder unter sieben Jahren, Blödsinnige, Höchstbetrunkene; diese können durch einen Vertrag weder sich verpflichten, noch Rechte daraus erwerben.

2) Unmündige, weil sie noch nicht die völlige Ueberlegung haben, können zwar Andern eine bürgerlichgültige Verbindlichkeit auflegen, aber sich selbst nicht, wenn nicht ihr Vormund einwilligt. Sie können Rechte durch einen Vertrag erwerben, verpflichtet aber werden sie dadurch nicht.

Die Anmerkung sagt: können Unmündige sich nicht wenigstens eine natürliche Verbindlichkeit ohne den Vormund auflegen? Die Stellen der Pandecten über diesen Punct sind schwer oder gar nicht zu vereinigen. Der angeführte d'Arnaud hat die verschiedenen Meynungen erzählt (*1). So viel ist gewiß, a) daß die Römischen Gesetze dem Vertrag eines Kindes auch nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit zugestehen; b) daß, wenn auch nach einigen Stellen bey dem Unmündigen, der über die Jahre der Kindheit hinaus ist, nun natürliche Verbindlichkeit Statt findet, andere Gesetze doch alle Wirkungen der natürlichen Verbindlichkeit, in so weit sie dem Unmündigen selbst schädlich sind, aufheben. Der Unmündige kann also a) nicht belangt werden; er kann auch b) wenn er das Versprechen erfüllt, das, was er gegeben hat, zurückfordern. Ich sage: in soweit sie dem Unmündigen selbst schädlich sind. In Ansehung eines Andern hat diese Verbindlichkeit ihre

Wirkun-

Wirkungen. Wenn sie also jemand als Bürge übernimmt, so muß er bezahlen. Sogar bey dem Erben des Unmündigen ist sie in soweit wirksam, daß er keine condictionem indebiti hat, wenn er die Schuld bezahlt (*2a). Ist der Vertrag dem Unmündigen nicht schädlich, dieser ist vielmehr dadurch reicher geworden, so hat eine Klage gegen ihn Statt (*2b).

3) Taube und Stumme können paciscieren, wenn sie so viel Vernunft haben, daß sie begreifen, was ein Vertrag ist, und zugleich ihre Gedanken erklären können.

4) Wo keine Einwilligung ist, da ist auch kein Vertrag. Daher sind a) die Verträge, bey denen ein Betrug passirt, null, wenn der Betrug die Ursache war, daß ich den Vertrag eingieng (§. 1008.). b) Wenn sich die Paciscenten in der Art des Contracts, oder in der Person, oder in der Sache, geirrt haben: so gilt der Vertrag nicht (*3). Ich sage, wenn sie sich in der Art des Contracts geirrt haben. Z. E. ich habe nur miethen, der Andere hat verkaufen wollen. Wenn sie sich in der Person geirrt haben, das heißt, wenn ich geglaubt habe, ich paciscire mit dem A. und dieß nicht ist; sondern B. mit mir paciscirt hat; so gilt der Vertrag nicht. Z. E ein Mackler macht mir glauben, daß A. mein Haus kaufen wolle, und ich verkaufe es ihm für diesen; nun aber, nachdem der Kauf geschlossen ist, erscheint B. als der wahre Käufer. Indessen wird doch hier vorausgesetzt, daß derjenige, der den Contract des Irrthums wegen impugniren will, ein Interesse dabey habe, daß A. und nicht B. der Käufer sey (*4). Auch wenn ein Irrthum in Ansehung der Sache vorgegangen ist, und zwar in Rücksicht des ganzen Objects; das heißt, wenn der Wille der Paciscenten im Gegenstande des Vertrags nicht übereinstimmte, so ist der Vertrag ungültig, z. E. jemand hat zwey Häuser, Num. 1200 und 1201. Ich schließe mit ihm einen Kauf, in der Meynung, er wolle mir Num. 1200. verkaufen, seine Absicht aber geht auf Num. 1201. (*5): Ein gleiches findet Statt, wenn sich die Paciscenten in den Eigenschaften des Gegenstandes irren, und die Eigenschaft, welche sie voraussetzen, ausdrücklich oder stillschweigend zur Bedingung des Vertrags gemacht worden ist; z. E. wenn mir jemand eine tombackene Uhr für eine goldene verkauft, und wir beyde die Uhr für golden gehalten, ich auch sonst den Kauf nicht geschlossen haben würde (*6).

Ausser diesem Falle machen Mängel, welche der Gegenstand des Vertrags hat, den Vertrag nicht ungültig. Wenn indessen die Sache, welche mir jemand durch einen onerosen Vertrag, Kauf, Tausch, Vergleich u. dgl. überläßt, heimliche Fehler hat, die sie mir ganz unbrauchbar machen: so kann ich ihn actione redhibitoria belangen, daß er die Sache zurücknehmen, und mir den Werth wiedergeben soll. Hat die Sache heimliche Fehler, welche ihren

Hhhhh

Werth nur vermindern: so kann ich *actionem quanti minoris* oder *aestimatoriam* anstellen, daß mir der Andere so viel zurückgebe, als die Sache durch die heimlichen Fehler am Werth verliert (*7). Nach dem Naturrecht kann man wegen heimlicher Mängel die Aufhebung des Vertrags oder einen Schadensersatz nicht verlangen, wenn man nicht bey dem Vertrag erklärt hat, daß man nur unter der Voraussetzung consentiren wolle, wenn die Sache von verborgenen Mängeln frey sey; die Römischen Gesetze aber erlauben diese Bedingung zu verschweigen, und gestatten dem ungeachtet eine Klage (*).

(1) S. auch *Hofacker* diss. ad LL. potiores tit. Dig. de negotiis gestis. Tubing. 1787. p. 19. sqq. Weber von der natürl. Verbindlichkeit, §. 71. dessen Worte ich im Auszuge hersetzen will. Wenn die Sache blos nach den Gesetzen der Vernunft, ohne Rücksicht auf bürgerliches Verhältniß entschieden worden, so ist es ganz unläugbar, daß auch Unmündige sich allerdings verbindlich machen können. Wenn wir uns aber den Unmündigen in einer bürgerlichen Societät gedenken, wo Personen seines Alters durch positive Gesetze von Eingehung der Rechtsgeschäfte ausgeschlossen sind; so fragt sichs: läßt sich unter diesen Umständen ohne Zustimmung des Vormundes eine natürliche Verbindlichkeit des Pupillen annehmen? In Fällen, wo die Verbindlichkeit nicht von der Einwilligung des Schuldners abhängt, ubi ex re actio venit, wie Paulus sagt, kann der Pupill ohne Vormund vollkommen verpflichtet werden. Ist hingegen die Verbindlichkeit von der Einwilligung des Vormundes abhängig, so ist entweder von der natürlichen Verbindlichkeit *in conscientia* die Rede, oder davon: ob in den Gerichten eine natürliche Verbindlichkeit angenommen werde? Jene, die Verbindlichkeit im Gewissen, hängt davon ab, ob der Mangel an Freyheit und gehöriger Ueberlegung, welchen die Gesetze als Regel annehmen, in dem vorliegenden Falle wirklich eintrat: die letzte Frage ist mit Nein zu beantworten, wenn es darauf ankommt: ob der Pupill schuldig sey, den Handel gelten zu lassen.

(2 a) L. 127. D. de V. O. L. 64. pr. ad SC. Trebell. *Averan* interpret. lib. 2. cap. 14. *Westenberg* de caus. obligat. diss. 1. cap. 4 §. 14. sqq. Ferner der Gläubiger, welcher einen Pupillen zum Expromissor annimmt, kann seine Forderung gegen den Hauptschuldner nicht weiter anbringen. § 3. I. quib. mod. toll. oblig. Die Schuld des Pupillen läßt eine Novation zu. L. 1. §. 1. D. de novat. Man s. auch L. 95. §. 2. D. de solut.

(2 b) L. 5. pr. de auct. tut. L. 3. pr. commodat.

(3) L. 57. D. de obl. et act. sagt: in omnibus negotiis, sive bonae fidei sint, sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentias, (puta) qui emit, aut qui conducit; aliud, qui cum his contrahit, nihil valet, quod actum sit. Et idem in societate quoque coëunda respondendum est, ut si dissentiant, aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu constitit.

(4) *Frid. Gottl. Struv.* diss. de effectu erroris in contractu emt. vendit. th. 14. sqq.

(5) *I. H. Boehmer* diss. de interpretatione facienda contra eum, qui clarius loqui debuisset, in exerc. ad Pand. vol. 2. pag. 365. sqq.

(6) L. 9. in f. D. de contr. emt. L. 22. D. de V. O. *Averan.* interpret. lib. 1. cap. 19.

(7) Zu bemerken ist indessen, daß wenn ich wegen eines Fehlers actionem quanti minoris anstelle, und es sich zeigt, daß die Sache mir gar nichts nütze, der Richter auf die Redhibition sprechen kann. L. 43. §. 6. de aedilit. ed. L. 25. §. 1. D. de exc. rei iud.

(*) Vergl. überhaupt bey diesem §., was die Wirkung des Irrthums bey Verträgen anbetrifft, *Hommel* rhapsod. quaest. obs. 684. Glück's Pandecten §. 297. rc. und besonders auch Thibaut in d. Vers. üb. d. Theorie d. Rechts. II. 4. W.

§. 735. Wie die Einwilligung beschaffen seyn müsse.

Die Einwilligung muß 1) frey seyn. Einige erzwungene Verträge sind nach den Civilgesetzen null, gegen die übrigen giebt der Prätor restitutionem in integrum. (§. 1005.) 2) Bestimmt; eine unbestimmte Erklärung wirkt kein bestimmtes Recht, z. E. wenn ich einem erkläre, daß ich ihm etwas schenken, daß ich ihm mein Haus verkaufen wolle, aber den Preis nicht bestimme u. s. w. Nur in dem Falle, wenn der Vater erklärt, daß er seiner Tochter eine Brautgabe geben wolle, ist das Versprechen verbindlich, und der Richter muß das Quantum, den Umständen und der Billigkeit gemäß, bestimmen (*1a). 3) Wechselseitig. Daher sind blosse Tractaten noch kein Vertrag. Wenn nemlich Leute über ein zu schließendes Pactum deliberiren, so sagt man, sie stehen in Tractaten. So lang diese Tractaten dauern, ist noch keine wechselseitige übereinstimmende Einwilligung vorhanden. Ferner, wenn ich heute mit einem einen Vertrag machen will, er aber will nicht; morgen wollte er gern den Vertrag schließen, und ich will nicht: so ist weder heute noch morgen ein Vertrag vorhanden (*1b). Auch die Pollicitation ist kein Vertrag. Pollicitation nemlich heißt ein noch nicht acceptirtes Versprechen. Sie producirt keine Klage, ausser a) wenn sie Gott geschieht. In diesem Fall heißt sie ein Gelübde, und es kann, nach dem Canonischen Recht, daraus geklagt werden, wenn es anders ein *votum reale* ist, das heißt, wenn es zum Vortheil eines andern Menschen ist geleistet worden. Z. E. Jemand thut das Gelübde, dem Waysenhaus 100 Thaler zu schenken, wenn er von seiner Frau einen Sohn bekommen werde. Bekommt er einen Sohn, so kann das Waysenhaus auf die 100 Thaler Klage erheben (*2). b) Wenn sie dem Staat geschehen ist, und einen hinlänglichen Grund hat. Z. E. wenn jemand erklärt, daß, wofern er im künftigen Jahr Burgermeister werde, er das Straßenpflaster der Stadt wolle ausbessern lassen: so muß er, im Fall er das Amt erhält, sein Versprechen halten, wenn es der Staat auch nicht acceptirt hat. 4) Aufrichtig: wenn a) die Paciscenten einen Vertrag simuliren, aber im Ernste gar keinen haben schließen wollen, so ist auch keiner geschlossen. Wenn sie b) äusserlich einen

andern Vertrag simuliren, als sie wirklich abschließen: so gilt der geheime (contractus interne gestus), nicht der simulirte; wofern nur der geheime nicht den Gesetzen zuwider ist. Z. E. wenn zwey Leute einen Hauskauf simuliren, im Grund aber gar keinen Contract schließen wollen, so gilt auch keiner. Haben sie im Grunde statt des Kaufs eine Schenkung eingegangen, so gilt diese Schenkung, wenn ihr sonst nichts im Wege steht. Wenn z. E. Ehegatten einander schenkten, und einen Kauf simulirten: so würde weder Kauf noch Schenkung gelten (§. 411.). 5) Gewiß; sie muß also entweder **ausdrücklich** oder **stillschweigend** erklärt werden.

Nemlich wenn man behauptet, daß jemand eingewilligt habe, so muß man Gründe zu dieser Behauptung haben. Daher läßt sich bey der Einwilligung a) auf die **Gründe** selbst, b) auf die **Wahrheit der Behauptung** Rücksicht nehmen.

Sieht man auf die Gründe, so sind sie entweder **Handlungen** (**Worte** oder **Werke**) oder nicht. Im ersten Fall ist eine wahre, im zweyten eine **vermuthliche Einwilligung** vorhanden. Die wahre Einwilligung ist entweder eine **ausdrückliche** oder **stillschweigende**. Eine ausdrückliche heißt die, welche durch solche Worte, oder durch solche Facta erklärt wird, die den Consens unmittelbar zu erkennen geben, ohne daß ein Raisonnement nöthig ist; weil sie als Zeichen der Einwilligung unter den Menschen eingeführt und angenommen sind. Ein Factum dieser Art ist z. E das **Kopfnicken**. Stillschweigend wird der Consens erklärt, wenn man Worte braucht, oder Facta unternimmt, woraus sich eine gewisse Einwilligung erst folgern läßt, *facta concludentia*, wie man sagt (*3). Z. E. wenn ich meinem Schuldner den Schuldschein zurückgebe, so erkläre ich stillschweigend, daß ich ihm die Schuld erlassen wolle (*4). Endlich der **vermuthete Consens** wird weder aus Worten noch Werken, die auf den gegenwärtigen Fall einen Bezug haben, sondern aus andern Gründen geschlossen; aus der bekannten Denkungsart eines Menschen; aus den Sätzen: wer den Zweck will, will vermuthlich auch die Mittel; es ist zu glauben, daß einer das wolle, was ihm nützlich ist, u. s. w. Z. E. wenn man annimmt, daß der abwesende Vater in die Heyrath seiner Tochter consentire, weil sie vortheilhaft ist, ob er gleich nichts davon weiß, so ist es ein consensus praesumtus.

Sieht man auf die **Wahrheit**, womit der Consens behauptet wird, so wird er entweder mit **Gewißheit**, oder nur mit **Wahrscheinlichkeit** behauptet. Jener heißt consensus certus, dieser probabilis.

Dieses vorausgesetzt, bemerke man: wo man einen Vertrag als gewiß behaupten will, da muß rechtlich ausgemacht seyn, daß die Interessenten wirklich eingewilligt haben. Ist die Einwilligung ausdrücklich ertheilt, so

heißt der Vertrag *pactum expressum*; ist er stillschweigend erklärt, so ist es ein *pactum tacitum* (*5). Aus dem vermutheten Consens wollen Einige die Quasicontracte herleiten; dieß werde ich unten (§. 934.) prüfen. Hier aber muß ich die Regel einschärfen: daß der vermuthete Consens die Wirkung der wahren Einwilligung nur alsdann hat, wenn ein Gesetz ihm beysteht (*6). Ein Beyspiel haben wir oben in der Lehre von der Ehe (§. 112.) gesehen.

(1 a) L. 69. § 4. D. de iure dot. L. 3. C. de dot. promiss. (V. 11.) dieß hat aber nicht Statt, wenn die Frau selbst eine unbestimmte Brautgabe verspricht L. 1. C. eod. tit. *Averan.* interpr. lib. 4. cap. 15. n. 9. 10. *Huber* ad Pand. tit. de iure dot. §. 7. Wie aber, wenn ein Dritter Namens der Frau den Brautschatz unbestimmt verspricht? Man s. Strube rechtl. Bed. 5. B. 109. S. und die dort angeführten Schriften.

(1 b) Was in dem Fall Rechtens ist, wenn ich einem einen Vertrag anbiete, und er Bedenkzeit verlangt, davon s. mein Naturrecht §. 71. Anm. 5. 6. 7.

(2) *G. L. Boehmer* princip. iur. can. §. 348.

(3) Unrichtig ist es, wenn man sagt, der ausdrückliche Consens wird durch Worte, der stillschweigende durch andere Handlungen erklärt. Ein Beyspiel von stillschweigendem, durch Worte erklärten Consens sind die hypothecae conventionales tacitae, oben §. 714. Aus dem bloßen Stillschweigen eines Menschen kann man nur alsdann eine Einwilligung schließen, wenn a) der Schweigende sich erklären konnte und b) entweder vermöge der Gesetze dazu verbunden war, oder das Stillschweigen mit solchen Umständen begleitet ist, daß es keine andere Auslegung leidet, als diese, der Schweigende habe eingewilliget. S. mein Naturrecht §. 67. und, außer der dort angeführten Schrift, Geigers und Glücks Rechtsfälle 2. B. 159. Seite rc. Desgleichen Glück über Hellfeld, § 290.

(4) L. 2. §. 1. D. de pact. L. 3. §. 1. D. de lib. legat. L. 59. D. de legat. III. Wie aber, wenn ich den Schuldschein verbrenne, oder einen aus mehreren Schuldscheinen zurückgebe? *Müller* ad *Leyser* obs. 159. 160.

(5) Von den pactis tacitis s. *Bachov.* ad prot. Pand. p. 599. sqq. *Vinn.* tract. pactis, cap. 12. Eine sehr seichte Schrift ist *Henr. Theod. Pagenstecher* diss. de pactis tacitis. Marb. 1740.

(6) *G. L. Boehmer* diss. de obligat. locator. ob usum impedit. cap. 1. §. 24. in Elect. iur. civ. Vol. 1. pag. 317.

§. 736. Nur mehrere Personen können unter sich paciscirен.

Ein Vertrag wird unter mehreren Personen geschlossen. Daraus folgt, 1) daß der Vater mit seinem filio familias keinen Vertrag schließen kann; denn Vater und Sohn werden als Eine Person angesehen. Hat der Sohn ein peculium castrense, oder quasi castrense, so kann er darüber mit dem Vater paciscirеn; denn in Ansehung dieser Güter wird er als pater familias angesehen (*1). Es fragt sich nur: gilt denn heutigestags ein Vertrag zwischen Vater und Sohn? Viele Juristen (*2) behaupten, daß in Deutschland Vater und filius familias contrahiren können. Ich kann mich aber, da das

Römische Recht in diesem Stücke nirgends abgeschafft ist, davon nicht überzeugen, und halte es daher mit den Rechtsgelehrten (*3), die dergleichen Contracte, wo nicht der Vater den Sohn zu dem Ende ausdrücklich emancipirt, auch ihm, wenn er noch minorenn ist, einen Beystand bestellen läßt, für ungültig erklären. 2) Zwey filii familias eines Vaters konnten zu der Zeit, als ein Sohn noch nichts Eigenes hatte, untereinander keine bürgerlich-gültigen Verträge schließen; denn im Grunde war es eben so viel, als ob sie mit dem Vater paciscirten. Seit der Zeit aber, als die Söhne peculia militaria und adventitia hatten, litt dieser Satz eine Einschränkung (*4). Auch die Sklaven können nicht paciseiren; denn sie sind keine Personen, sind als bürgerlich todt anzusehen. Daher gelten ihre in der Sklaverey geschlossenen Contracte auch nicht nach der Freylassung (*5.

(1) Zweifelhafter ist die Sache in Ansehung des peculii adventitii. Meines Erachtens gelten in Ansehung dessen die Contracte zwischen Vater und Kindern nicht. *Lauterb.* colleg. tit. de pact. §. 44. Anderer Meynung sind *Struv.* Ex. 6. th. 42. *Hahn* et *Wesenb.* tit. de pact. n. 5. in fin. *Titius* diss. de contractibus patris et liberorum (in collect. diss. n. 13) §. 39. und mehrere.

(2) J. F. *Thomasius* in diss. de usu pract. tit. I. de patr. pot. cap 2. §. 9. Strube rechtl. Bed. 2. Th. 254. S. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 83. Glück über Hellfeld §. 138. §. 292. Man sagt zwar, der Grundsatz, daß Kinder während der väterlichen Gewalt innerhalb der Familie nicht als Personen angesehen wurden, falle bey uns weg, und daher auch die Folge, daß Kinder mit dem Vater nicht paciseiren konnten. Allein jener Grundsatz fand auch im neuen Römischen Recht, nachdem die peculia militaria und adventitia eingeführt wurden, nicht mehr Statt, und die Folge blieb doch. Es kommt aber auch noch dazu, daß man nicht einmal eine ganz freye Einwilligung auf Seiten der Kinder, wenn sie während der väterlichen Gewalt mit dem Vater Verträge schließen, annehmen kann.

(3) *Wernher* part. 5. obs. 189. *Stryk* caut. contr. sect. 1. cap. 25. *Leyser* sp. 21. m. 5. *Renz* diss. mixtura iur. rom. et German. in materia patr. pot. thes. 20. *Hommel* diss. de usu hod. patr. pot. cap. 3. §. 82. *Heimburg* diss. difficil. emancipat. cap. §. 55. 56. 57. (welcher (§. 84.) nicht einmal eine Emancipation, die blos zu diesem Geschäft geschieht, für gültig hält.) *Müller* ad *Leyser* obs 103.

(4) Eine natürliche Verbindlichkeit entsteht aus den Contracten, die Vater und Sohn, oder zwey in der väterlichen Gewalt befindliche Brüder unter einander schließen; deßgleichen aus den Verträgen der Sklaven L. 38. D. de condict. indeb. (eine der schwersten und berühmtesten Stellen in den Pandecten, eine von den sogenannten sieben *legibus damnatis*, die eine Menge verschiedener Auslegungen veranlaßt hat. Man s. indeß besonders *Cuiacius* ad Africanum Tract. 9. Oper. omn. I. 1552). L. 14. L. 43. D. de O. et A. *Vinn.* ad §. 6. I. I. de unutil. stip.

(5) L. 17. D. de negot. gest. L. 1. 2. C. an serv. pro suo fact. (IV. 14)

§. 737. Von den Personen, die über ihr Vermögen nicht paciſciren können; vom Gegenſtand der Verträge; von verbotenen Verträgen.

Durch einen Vertrag will man ſich verpflichten, und ein Recht auf den Andern übertragen. Daher können 1) nur ſolche Perſonen, welche die Adminiſtration ihres Vermögens haben, über ihr Vermögen paciſciren. Minderjährige und erklärte Verſchwender können alſo über das Vermögen, welches unter der Verwaltung ihres Curators ſteht, keine Verträge ſchließen. Alle andere Verträge können ſie ohne den Curator gültig eingehen (*[1]).

2) Der Gegenſtand muß in der Gewalt der Paciſcenten ſeyn. Das iſt einerley, ob er ſchon gegenwärtig darin, oder erſt in Zukunft in dieſelbe kommen wird. Alſo ein Vertrag iſt ungültig, a) wenn der Gegenſtand nicht im Commerz iſt. Das Römiſche Recht zahlet dahin freye Menſchen, res sacras, publicas und religiosas (§. 263. 265.). Auch heutigestages giebt es Dinge, die durch beſondere Landesgeſetze dem Commerz entzogen ſind, man nannte ſie **Contrebande-Waaren**. Ferner giebt es Dinge, die nicht in dem Commerz gewiſſer Menſchen ſind, z. E. in manchen deutſchen Provinzen können die Juden keine liegenden Güter erwerben (*[2]). b) Wenn der Gegenſtand unmöglich iſt: wenn ich einem etwas verſpreche, welches ich zu leiſten außer Stand bin. Z. E. wenn ich einem ein Pferd verkaufe, das zur Zeit des Kaufes ſchon crepirt iſt, oder nachher crepirt. Ob ich indeſſen gleich in dieſem Falle nicht ſchuldig bin, das verſprochene Object ſelbſt zu leiſten; ſo muß ich doch zuweilen das Intereſſe präſtiren; alsdann nemlich, wenn ich entweder zu der Zeit, da ich den Vertrag einging, wußte, daß ich ihn nicht erfüllen konnte; oder wenn die Unmöglichkeit erſt nachher, aber durch meine Schuld, eingetreten iſt. Z. E. ich manumittire den Sklaven, den ich doch verkauft habe. S. die 47. Tabelle (*[3 a]). c) Verträge über die Sache eines Andern präjudiciren dem Eigenthümer nicht; auch kann man nicht über das Factum eines Andern paciſciren.

Ich ſage, Verträge über die Sache eines Andern präjudiciren dem Eigenthümer nicht; unter den Contrahenten ſelbſt können ſie eine vollkommene Verbindlichkeit wirken. Wenn mir einer eine fremde Sache verkauft hat, ſo kann ich ihn, nach Umſtänden, belangen, daß er mir ſie tradire, oder das Intereſſe leiſte (daß er die Eviction präſtire §. 960.); ich kann auch die Sache verjähren, wenn die zur Verjährung nöthigen Erforderniſſe vorhanden ſind. So auch, wenn mir Jemand eine Sache leihet, vermiethet, bey mir deponirt, mir verpfändet, die nicht ihm gehört: ſo entſteht eine Verbindlichkeit zwiſchen ihm und mir; ich bin ſchuldig, ihm die Sache zurückzugeben, und kann mich nicht mit der Exception ſchützen, daß die Sache einem Andern zugehöre (*[3 b]).

Was aber die Verträge belangt, deren Gegenstand ein fremdes Factum ist, so muß man folgende Fälle unterscheiden: der erste, wenn ich dir verspreche, ich wolle mir alle Mühe geben, einen Dritten dahin zu bringen, daß er etwas thue, z. E. daß er dir seine Tochter zur Ehe gebe, dir sein Haus verkaufe, dich bezahle rc.: so ist der Vertrag gültig; dergestalt, daß ich alle Mühe anwenden muß. Wenn ich dieß aber (mit oder ohne Wirkung) gethan habe, so bin ich von meiner Verbindlichkeit frey. Der zweyte, wenn ich dir verspreche, ich wolle es dahin bringen, daß dir ein Dritter etwas leiste, z. E. dir seine Tochter gebe rc. Auch jetzt gilt der Vertrag, und ich muß allen mir möglichen Fleiß anwenden, den Dritten dahin zu bringen, daß er leiste, was verlangt wird (*4). Drittens der Vertrag: ich verspreche dir, daß dir Titius etwas geben, etwas thun solle, ist nach dem Römischen Recht ganz ungültig. Der Grund liegt in der Natur der Formeln; denn es wird vorausgesetzt, daß dieser Vertrag durch feyerliche Worte geschlossen worden sey. Dergleichen Verträge erklärte man nach dem strengen Recht, und hielt sich fest an die Worte. Nun ist aber das Versprechen: Titius soll dir etwas leisten, wenn man bey den Worten stehen bleibt, unvernünftig; daher gilt es nicht. Heutigestäges aber erklärt man diesen Vertrag, als ob ich versprochen hätte: ich wolle es dahin bringen, daß Titius etwas prästiren solle. (*5).

3) Ein in den Gesetzen verbotener Vertrag (pactum a iure communi remotum, wie Ulpian (*6) sagt), bringt keine Verbindlichkeit hervor. Verboten aber ist der Vertrag, worin etwas anders bestimmt wird, als es in den Gesetzen des gemeinen Bestens wegen verordnet ist, Ius publicum privatorum pactis mutari non potest, sagt Papinian (*7). Daher gelten nach Römischem Recht a) die Erbverträge nicht, wenn die Rede von der Erbschaft des Paciscenten, oder eines Dritten ist, der nicht in den Vertrag willigt. Die Erbverträge nemlich, pacta successoria, heißen Verträge, welche über die Verlassenschaft eines noch lebenden Menschen geschlossen werden. Wenn man also über die Erbschaft eines schon Verstorbenen paciscirt: so ist es kein Erbvertrag. Auch ein Vertrag, welcher mich nur durch seine Folgen zum Erben eines Menschen macht, z. E. eine Arrogation, gehört nicht unter die Erbverträge.

Die Erbverträge werden entweder über die Verlassenschaft eines Mitpaciscenten eingegangen, oder über eines Dritten seine. Die letzteren heißen pacta successoria *dispositiva*. Z. E. ich verkaufe einem die Erbschaft meines noch lebenden Oheims; verspreche ihm, daß ich ihm diese Erbschaft, wenn mein Oheim sterben wird, überlassen wolle. Die ersteren sind entweder *affirmativa*, wodurch ich einem ein Erbrecht auf mein Vermögen gebe; oder *negativa*, s. *renunciativa*, Erbverzichte, wodurch ich einer mir zustehenden künf-

künftigen Erbschaft entsage. Eine Gattung von affirmativen Erbverträgen haben wir oben kennen gelernt, die Einkindschaft (§. 151.). Beyspiele von Erbverzichten sind in Deutschland häufig. Prinzessinnen, Gräfinnen und adeliche Töchter leisten sehr oft zum Besten des Mannsstammes Verzicht auf die Succession. Die affirmativen Erbverträge werden gewöhnlich in *adquisitiva*, *conservativa* und *restitutiva* eingetheilt. *Adquisitiva* sind, wodurch ich ein Erbrecht erlange, das ich vorher nicht hatte. Von dieser Art ist die Einkindschaft; denn die Stiefkinder bekommen ein zuvor nicht gehabtes Erbrecht im Vermögen der Stiefeltern. *Conservativa*, wodurch ich mir ein Erbrecht, dessen ich mich verlustig gemacht hatte, erhalte. Im Grunde sind sie von den adquisitivis nicht verschieden. *Restitutiva* endlich heißen die, wodurch ich mich verbindlich mache, eine Erbschaft, die mir durch Testament, ab intestato, oder aus Verträgen zufallen wird, einem Andern wieder abzutreten, oder auch mein eigenes Vermögen nach meinem Tode einem Andern, der nicht Mitpaciscent ist, zu überlassen.

Die adquisitiven und folglich auch die conservativen Erbverträge sind nach dem Römischen Recht der Regel nach durchaus ungültig (*8), die restitutiven (*9) und renunciativen (*10) ebenfalls. Was aber die dispositiven betrifft, so werden sie entweder über die Erbschaft eines dritten bestimmten Menschen, oder über die Verlassenschaft einer unbestimmten Person eingegangen. Die letzten sind gültig. Also wenn mir z. E. jemand die erste Erbschaft, welche ihm aus einem Testament, oder ab intestato zufallen möchte, verkauft, so ist der Vertrag gültig (*11). Ist hingegen der Dritte, über dessen Erbschaft paciscirt wird, bestimmt, z. E. ich verkaufe dir die Erbschaft meines noch lebenden Oheims, so willigt entweder dieser in den Vertrag, oder nicht. Wenn ich meinem Oheim die (nicht sehr artige) Proposition thue, daß ich seine Erbschaft einem Andern verkaufen wolle, und er sichs gefallen läßt: so ist der Vertrag zwar gültig, indessen kann der Oheim, sobald er will, dem Käufer einen Strich durch die Rechnung machen, indem er seine Einwilligung zurücknimmt, z. E. ein Testament macht, und einen andern Erben einsetzt, welches er zu thun befugt ist. Willigt der Dritte (in dem gegebenen Beyspiel, mein Oheim) nicht ein, weiß entweder vom Vertrag nichts, oder erklärt sein Mißfallen: so ist der Vertrag ungültig (*12). Siehe die 48. Tabelle.

Die Ursache, warum die Römer die Erbverträge, nur wenige Fälle ausgenommen, verboten haben, liegt darin, weil sie es für höchst gefährlich hielten, eine Disposition über sein Vermögen zu machen, wodurch bekannt wird, wer es erheben soll; indem zu fürchten sey, daß der, welcher sich auf die Verlassenschaft eines Menschen gewisse Rechnung machen kann, demselben nach dem Leben streben werde (*13). Außerdem hatten die Intestaterben, nach

Römischen Grundsätzen, ein Recht auf die Verlassenschaft, welches ihnen nur durch ein Testament, indem dieses gesetzliche Kraft hatte, genommen werden konnte (*14). Nun fragt sichs aber, sind die Verordnungen des Römischen Rechts in dieser Lehre von uns angenommen? Manche Juristen behaupten es (*15). Allein die meisten (*16) sind der gegründetern Meynung, daß die Erbverträge bey uns gültig seyen; denn sie haben von jeher in Deutschland gegolten, und die Erbschleicher sind bey uns nie so häufig und boshaft gewesen, daß man Lebensnachstellungen von einem Erben sehr zu befürchten gehabt hätte. Nur bey den dispositiven Erbverträgen behaupten Verschiedene (*17), die sonst die Gültigkeit der Erbverträge überhaupt vertheidigen, ein Anderes, und glauben, daß in Ansehung derselben das Römische Recht gelte. Allein ich kann dieser Meynung nicht beypflichten, sondern glaube mit den unten angeführten (*18) Rechtsgelehrten, daß auch diese Erbverträge gültig sind, der Dritte mag davon wissen und mag einwilligen oder nicht.

Dieß wäre also die erste Art von verbotenen Verträgen. Es gehören auch hierher b) die Verträge über eine Sache, die im Proceß liegt (super re litigiosa). Während des Processes soll alles in seinem bisherigen Zustand (statu quo) bleiben: weder der Kläger, noch Beklagte sollen ihre Rechte einem Andern abtreten. Doch sehe man §. 867.

Ferner c) das pactum *de quota litis*, wenn ich einem Geld vorschieße zu Bestreitung der Proceßkosten, und mir einen gewissen Theil von dem, was mein Schuldner durch den Proceß gewinnen wird, versprechen lasse; oder auch, wenn der Advocat mit dem Clienten einen Vertrag macht, daß jener, im Fall der Proceß gewonnen wird, eine gewisse Summe, oder Sache, oder einen bestimmten Theil des erstrittenen Gewinnstes erhalten solle (*19).

d) Die Spielverträge, d. i. die Verträge, welche zum Grund liegen, wenn um Geld gespielt wird. Spielschulden können nicht eingeklagt werden, und sind ganz ungültig (§. 727.) (*20).

(1) Die Frage, welche Verbindlichkeit aus den Verträgen der Minderjährigen entstehe, ist sehr bestritten. Ausgemacht ist, 1) daß nach Römischen Rechten ein Minderjähriger, welcher keinen Curator hat, gültige Verträge schließen könne. Ferner 2) ist außer Zweifel, daß ein Minderjähriger, er habe nun einen Curator oder nicht, liegende Güter ohne obrigkeitliches Decret nicht veräußern oder verpfänden könne. Allein was ist außer diesen Fällen Rechtens? Man kann vier und mehr verschiedene Meynungen zählen. Die erste ist: ein Minderjähriger wird aus jedem Contract verpflichtet, außer wenn er etwas von seinem Vermögen veräußert. Nur in diesem Fall ist die Einwilligung des Curators nöthig. *Cuiacius* ad L. 101. de V. O. et in observ. lib. 19. cap. 33. *Fachin.* controv. lib. 3. cap. 9. *Bronchorst* enantioph. cent. 1. assert. 33. *Vultejus* in discept. scolast. cap. 16. p. m. 191. *Hilliger* ad *Donell.* lib. 12. cap. 22. lit. g. Die zweyte: ein Minderjähriger, der einen Curator hat,

wird ohne dessen Consens aus keinem Vertrag verpflichtet, das Eheverlöbniß und die Ehe ausgenommen. Nam in nuptiis contrahendis, sagt man, non agitur de rebus extra personam positis, de dando aliquo aut praestando, sed de mera et sola coniunctione personarum. Caeterarum autem rerum obligationes pertinent ad dandum vel faciendum, id est ad minuendum debitori et creditori augendum patrimonium. *Donell.* ad L. 101. de V. O. *Goeddaeus* de contr. stip. cap. 7. conclus. 14. *Lyclama* membran. lib. 7. ecclog. 15. *Hunn.* resolut. lib. 1. tract. 4. quaest. 22. *Vinn.* de pact. cap. 14. n. 13 sqq. *Noodt* de pact. cap. 20. Die dritte: der Minderjährige wird zwar durch seine Verträge verpflichtet, allein während der Curatel kann er durchaus nicht belangt werden, wenn sie sein Vermögen betreffen, und ohne Einwilligung des Curators geschlossen sind. Nach geendigter Curatel hingegen hat eine Klage Statt, und der Minderjährige muß den Vertrag halten, wenn er nicht Restitution dagegen erlangt. Dieser Meynung sind *Huber* praelect. ad Inst. lib. 3. tit. 20. §. 4. *Zach. Huber* diss. lib. 3. diss. 5. cap. 1. §. 16. p. m. 507. *Marckart* interpret. recept. iur. civ. lect. cap. 24 et 22.; ein Ungenannter über die Fähigkeit der Minderjährigen, sich verbindlich zu machen, in Hagemann und Günthers Archiv für die Rechtsgelehrs. 6 Th. 1. St. Die vierte endlich: ein Vertrag, welcher a) blos die Person des Minderjährigen betrifft, ist ohne den Curator gültig, ein Vertrag hingegen, b) der das Vermögen angeht, ungültig. *Voet.* ad Pand. lib. 4. tit. 4. §. 14. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 72. der 3. Ausg. Dieser Meynung trete ich, doch mit der Einschränkung bey: wenn von Verträgen die Rede ist, welche das dem Curator untergebene Vermögen betreffen. Also der Minderjährige kann ein gültiges Eheverlöbniß und eine Ehe ohne den Curator eingehen, er kann facta versprechen, z. E. seine Dienste vermiethen. Denn durch diese Verträge disponirt er nicht über sein Vermögen. Er kann aber auch eine Erbschaft antreten, und wird dadurch den Gläubigern und Legatarien, doch nicht über die Kräfte der Erbschaft, verbunden. Wenn er durch eine Kunst, Wissenschaft Handarbeit u. s. w. sich etwas erwirbt, und es dem Curator nicht zu verwalten giebt, so kann er auch darüber für sich Verträge schließen. Die Argumente für diese vierte Meynung, und zwar für das erste Stück (Verträge, welche blos die Person des Minderjährigen angehen, sind gültig), sind: 1) die classische Stelle L. 101. de V. O. wo Paullus sagt: puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari. 2) Daß ein Minderjähriger ohne den Curator ein Eheverlöbniß und eine Ehe eingehen könne (und diese Verträge gehören doch gewiß unter die wichtigsten im menschlichen Leben), ist ausgemacht. 3) In der L. 20. D. de rit. nupt. heißt es: ad officium curatoris administratio pupillae pertinet, nubere autem pupilla suo arbitrio potest. Auf der andern Seite läßt sich kein einziges Gesetz anführen, welches die Verträge der Minderjährigen überhaupt für ungültig erklärte. Einige Juristen glauben zwar ein solches in der L. 12. D. de verb. signif. gefunden zu haben. Allein ohne allen Grund, wie *Marckart* l. c. p. 146. zeigt, welcher überhaupt die Sache vorzüglich gut ausführt. Daß hingegen (dieß ist das zweyte Stück unsers Satzes) ein Vertrag, welcher das dem Curator untergebene Vermögen betrifft, ohne des Curators Consens ungültig sey, erhellet aus der L. 3. C. de in int. restit. II. 22.) Dort sagen die K. Diocletian und Maximian: Si curato-

rem habens minor quinque et viginti annis post pupillarem aetatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet: cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato, bonis interdictum est. Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti: implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis. Die Gesetzgeber vergleichen hier den Minderjährigen in Ansehung eines Contracts über sein Vermögen mit einem erklärten Verschwender, und daß dieser über sein unter der Curatel stehendes Vermögen nicht disponiren kann, ist gewiß. L. 6. D. de V. O. Indessen lassen sich freylich gegen den aus der L. 3. C. gezogenen Schluß Einwendungen machen, die gar nicht unerheblich sind, und so klar das Gesetz bey dem ersten Anblick scheint, so finden sich doch, wenn man es genauer untersucht, mancherley Zweifel bey der Erklärung. Man s. *Vulteii* discept. scholast. l. c. und *Marckart* l. c. p. 150. sqq. Was die Anwendung des Römischen Rechts in diesem Artikel in Deutschland betrifft, so ist zu bemerken, daß das, was diese Gesetze von Minderjährigen verordnen, die ohne Curator sind, sich nicht appliciren läßt, wenn bey uns etwa zufälliger Weise ein Minderjähriger keinen Curator gehabt, und allein contrahirt hätte. Strube rechtl. Bed. 3. Th. 380. S. Weber am a. O. §. 73.

(2) Der Vertrag über eine solche dem Commerz entzogene Sache ist indessen nur in so weit ungültig, daß man die Tradition nicht verlangen kann. Allein der dadurch hintergangene Paciscent kann doch auf das Interesse oder auf die Evictionsleistung klagen. *Heinecc.* ad *Vinn.* §. 2. I. de inutil. stip. n. 2. Ist die Sache zur Zeit des Vertrags nicht im Commerz gewesen, so wird der Vertrag nicht gültig, wenn die Sache auch nachher in das Commerz kommt. *Vinn.* add. §. I. n. 7.

(3a) *Io. Aug. Reichard* diss. de casu obligationem tollente, §. 3. Außer diesen Fällen leiste ich das Interesse nicht. L. 69. et 103. de V. O.

(3b) Bey einigen Realcontracten, wodurch ein Eigenthum übertragen werden soll, erfordern zwar die Römischen Gesetze, daß der, welcher in dem Contract eine Sache geben, und dadurch den Contract zur Perfection bringen soll, Eigenthümer der Sache sey, und gestatten ihm keine Klage aus dem Contract, wenn er nicht Eigenthümer ist. So ist es bey dem Darlehn und Tausch. L. 2. §. 4. de reb. cred. L. 13. pr. eod. L. 1. §. 2. et 3. de rer. permut. Diese Regel findet aber in Deutschland keine Anwendung. Glück über Hellfeld §. 304. — In der That sind jedoch die Grundsätze des Römischen Rechts, besonders was das Darlehn anbetrifft, dem Begriffe des Contracts ganz consequent; sie gestatten auch andere Klagen gegen den Empfänger, und wenn man nicht die Klage aus einem gewissen Contract auch da annehmen will, wo dieser Contract an sich nicht Statt findet, so wird man die fortdauernde Gültigkeit dieser Grundsätze auch bey uns nicht füglich bestreiten können. W.

(4) Allein nun ist die Frage: wenn ich den Dritten nicht bewegen kann, muß ich das Interesse leisten? *Hert.* diss. de obligat. alium daturum facturumve Sect. 1 § 5. sqq. führt die verschiedenen Meynungen an. Viele Juristen, z. E. *Bronchorst* enantioph. Cent. 4. Cap. 40. *Cuiac.* ad L. 38. pr. de V. O. *Vinn.* ad §. 3 I. de inutil. stip. *Stranch* diss. 14. ad instit. th. 9. *Bardili* diss. de faciendi obligat. §. 82. *Leyser* sp. 521. m. 10. *Pufendorf* animadvers.

61. §. 4. behaupten, ich sey allezeit zur Leistung des Interesse verpflichtet. Andere, z. B. *Bachov* ad *Treutler* Diss. 27. §. 2. lib. G. et H. *Faber* ad ad Cod. lib. 5. tit. 26. def. 10. *Franzk.* ad Inst. d. §. 3. n. 8. halten dafür, ich sey nie dazu verbunden. Man s. auch *Broekes* sel. obs. for. obs. 39. Noch Andere, z. E. *H. Grot.* de iur. bell. et pac. lib. 3. cap. 21. §. 30. *Otto* ad §. 3. I. de inutil. stip. *Müller* ad *Leyser* Obs. 684. machen einen Unterschied zwischen einem onerosen und unentgeltlichen Versprechen dieser Art. Wenn ich für Geld oder Geldeswerth versprochen habe, einen Dritten zu einer Leistung zu bewegen, so muß ich, sagen sie, das Interesse leisten; nicht, wenn ich unentgeltlich aus bloßer Freundschaft das Versprechen that. Denn in diesem letzten Fall ist mein Versprechen dahin zu erklären, daß ich mich zu weiter nichts verbindlich gemacht hätte, als ich wolle mir alle Mühe geben. Hert tritt dieser Meynung bey, doch mit der Einschränkung: nisi verba et natura negotii obligationem arctiorem inducant. Soll ich meine Gedanken sagen, so halte ich dafür, daß die Frage eine *quaestio facti* ist. Was war die Absicht des Paciscenten? Dieß muß, wenn es nicht deutlich ausgedruckt ist, aus den Umständen beurtheilt werden. Wenn ich so ernstlich, oder gar mit Gründen erklärt habe, ich würde die Leistung bey dem Dritten bewirken, daß der Andere vernünftiger Weise darauf rechnen konnte, der Dritte werde es thun, und daß er deßwegen gewisse Maaßregeln nahm, oder andere zu nehmen unterließ, daß er sich Kosten machte, daß er Schaden leidet, den er nicht würde erlitten haben, wenn er sich nicht auf das Versprechen verlassen hätte: so bin ich, auch ohne Rücksicht auf eine erhaltene oder versprochene Belohnung zur Ersetzung der Kosten und des Schadens verbunden. Z. E. ich beklage mich bey A. daß mir B. schuldig sey, daß ich nichts von ihm erhalten könne, daß ich ihn also belangen wolle. A. ersucht mich, dieß zu unterlassen, und versichert mir, er wolle mir die Zahlung verschaffen. Ich klage also nicht gerichtlich und der Schuldner B. entwischt. Jetzt kann ich die Zahlung von A. verlangen. Nun wäre noch die weitere Frage: was ist denn im Zweifel zu vermuthen; gieng die Absicht des Paciscenten dahin, daß der Promissor das Interesse leisten solle oder nicht? Justinian sagt §. 3. I. de inutil. stip. quod si (quis effecturum se, ut Titius daret, spoponderit, obligatur; natürlicher Weise *ad efficiendum, ut Titius* det. Ist er aber dazu verbunden, so ist er auch schuldig, das Interesse zu leisten, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt. Der Promissor also, wenn er behauptet, es sey nicht die Absicht gewesen, daß er das Interesse leisten wollen und sollen, muß den Beweis führen. Wenigerem Zweifel ist die Sache unterworfen, wenn der Promissarius erklärt hat, er verlasse sich auf das Versprechen, werde seine Maaßregeln darnach nehmen, u. d. gl. oder wenn der Promissor das Versprechen nicht umsonst geleistet, sondern dafür etwas erhalten hat. Man s. noch Glück über Hellfeld §. 304. — Vergl. Preuß. Landrecht I. 5. 40. ꝛc.

Noch ist es streitig, ob die Redensart: me *effecturum* ut tertius praestet, und diese: *me curaturum etc.* einerley Wirkung habe. *Hotomann* ad §. 3. I. de inutil. stip legt ihnen gleiche Wirkung bey. *Leyser* l. c. m. 9. et 10. aber glaubt mit Andern, es sey zwischen beyden ein großer Unterschied. Soviel ist wohl gewiß, daß im Deutschen die Redensarten: ich will es dahin bringen, oder

ich will verschaffen, und ich will dafür sorgen, nicht einerley Bedeutung haben. Ich will dafür sorgen, heißt nichts mehr, als ich will mich bemühen.

(5) Ulpian L. 38. pr. D. de V. O. sagt: nemo factum alienum promittendo obligatur, und Justinian § 3 I. de inutil. stip. si quis alium daturum facturumve quid promiserit, non obligatur, veluti si spondeat, *Titium* quinque aureos daturum. Quod si, *effecturum* se, *ut Titius daret*, spoponderit, obligatur. *Vinn.* ad d. §. 3. n. 1. giebt davon folgende Erklärung: qui alium daturum aut facturum promittit, neque ipse obligatur, neque alium obligat. Cur alium non obliget, ratio manifesta est, quia nemo ex contractu alterius obligari potest. Cur ipse non obligetur, duae causae sunt; una: quia non consentit, ut det aut faciat; altera: quia, etsi proponamus, dare aut facere velle, tamen verbis non promittit; quorum utrumque per se solum ex regulis communibus stipulationum satis est, ad impediendam verborum obligationem. Indessen legten die Römer doch wirklich in einigen Fällen einem solchen Versprechen Verbindlichkeit bey. So gilt z. E. das Versprechen, daß ein Dritter für mich Bürgschaft leisten, L. 14 § 2. de constit. pecun.; daß einer sich im Gericht stellen werde L. 38. §. 24 L. 81. de V. O. Und was ist die cautio rati, die ein nicht genugsam Bevollmächtigter leistet, anders als eine promissio facti alieni? L. 18. D. rem rat. hab. Ja es war jede promissio facti alieni gültig, wenn ich mich zugleich zu einer Conventionalstrafe verpflichtete §. 20. I. de inut. stip. Ich zweifle daher gar nicht, daß heutigestags, da wir keine Formularcontracte haben, das Versprechen, *ein Dritter soll dir etwas leisten*, allerdings gültig ist. Denn was kann einer, welcher dieß verspricht, anders haben sagen wollen, als: ich will den Dritten bewegen, daß er dir etwas leiste. Man s. *Vinn.* l. c. n. 3. *Voet.* tit. de V. O. §. 5, Glück über Hellfeld §. 304. Anderer Meynung sind *Leyser* sp. 444. med. 7. und *Pufendorf* am a. O. §. 5. Sie behaupten, daß selbst nach dem Naturrecht die Formel: der Dritte soll etwas leisten, nicht so angesehen werden könne, als die: ich will es dahin bringen, daß dir der Dritte leiste, und daß der, welcher ein fremdes Factum verspreche, zu weiter nichts verpflichtet werde, als, es nicht zu hindern.

(6) L. 7. §. 16. D. de pact. Wenn das bürgerliche Gesetz eine natürlich erlaubte und verbindliche Handlung für unerlaubt und ungültig erklärt, so liegt der Grund entweder in der Handlung selbst, ohne Rücksicht auf die Person der Contrahenten oder in ihrem persönlichen Verhältnisse. Im letzten Falle schließt das Gesetz entweder a) eine Person ihres eignen Bestens wegen, oder b) in Rücksicht auf die gemeine Wohlfahrt von gewissen Geschäften aus. 1) Zu den Handlungen, welche ihrer Natur wegen allgemein verboten sind, gehören, außer den im §. angeführten: der unerlaubte Wucher, usuraria pravitas; der commissorische Vertrag bey Verpfändungen; der Vergleich, wodurch künftigen Alimenten ohne richterlichen Consens entsagt wird; der Ankauf noch nicht eingeerndteter Früchte (§. 866.); die Schenkung über 500 Soliden ohne gerichtliche Insinuation. 2) Handlungen, welche gewisse Personen nicht gültig vornehmen können, weil die Gesetze annehmen, daß ihnen die gehörige Einsicht und Ueberlegung abgehe, oder sie wenigstens ungebührlicher Verleitung vorzüglich ausgesetzt seyen, sind: die Geschäfte der Unmündigen und Minderjährigen, die gerichtlich erklärten Verschwender, die Intercessionen der Weibs-

personen. Endlich 5) zu den Fällen, wo das bürgerliche Verbot zwar nur gewisse Personen betrifft, doch nicht zum eignen Besten derselben, nicht weil die Gesetze bey ihnen einen Mangel der natürlichen Fähigkeit zu contrahiren, vermuthen, oder eine vorzügliche Gefahr der Verletzung befürchten, sondern weil es sonst die gemeine Wohlfahrt erfordert, sie von dieser oder jener rechtlichen Handlung gänzlich zu entfernen, gehören folgende: die Schuldforderung eines Juden an einen Christen soll an keinen Christen abgetreten werden; die Cession soll an keinen Mächtigern geschehen; kein Richter soll ein Geschenk, wenn auch an sich keine unerlaubte Absicht dabey zum Grund liegen sollte, annehmen; der Advocat soll sich auf den Fall, wenn der Proceß gewonnen wird, nichts bedingen rc. Weber über die natürl. Verbindlichkeit, §. 65. rc.

(7) L. 38. D. eod Man s. *Weber* commentat. de usur. indeb. solut. §. 16. Vers. üb. das Civilrecht No. IV. sq. und Glück über Hellfeld am a. O.

(8) L. 15. L. 19. L. ult. C. de pact. (II. 3.) L. 4. C. de inutil. stip. (VIII. 39.) Vergl. jedoch L. 5. C. de pact. convent. super dote (V. 14.) *Ad. Franc. Hebestreit* diss. vindiciae veri valoris pactor. successorior. tam iur. rom. quam germ. (Erf. 1768.) cap. 3. §. 20. sqq welche Schrift ich vor allen andern in dieser Materie empfehle. — *I. G. Roessing* de pactis successoriis secundum princ. iur. hodierni. Goett. 1799. Aus der angef. L. 5. C. de pact. convent. etc. erhellt besonders, daß die Erbverträge der Ehegatten, so weit sie den Brautschatz und donatio propter nuptias betrafen, für gültig geachtet wurden. *Pufendorf* observ. iur. I. 209. u. III. 116. W.

(9) Wie *I. H. Boehmer* diss. de fundam. pactor. famil. ad fideicommiss. inclinantium, cap. 1. Ex. ad Pand. tom. 2. p. 405. sqq. und *Hebestreit* l. c. §. 28. sqq. gegen die dissentirenden zeigen. Wenn ich meinem Erblasser verspreche ein Fideicommiß zu leisten, so muß ich es zwar thun (§. 605.): allein nicht vermöge des Vertrags, sondern vermöge des letzten Willens, den mein Erblasser zu erkennen gegeben hat, wenn anders seine Erklärung in gesetzlicher Form geschehen ist.

(10) Dieß läugnen zwar Viele; man sehe aber Papinian in der L. fin. D. de suis et legit. und K. Alexander L. 3. C. de collat. (VI. 20.) Freylich reden beyde Stellen von dem Fall, wenn die Tochter in den Ehepacten auf die väterliche Erbschaft Verzicht leistet. Indessen ist doch die Raison, welche Papinian anführt, privatorum cautio legum auctoritate non censetur, allgemein.

(11) L. 5. §. 2. D. pro soc.

(12) Der Sitz dieser Materie ist L. ult. C. de pactis (II. 3.)

(13) Indessen erklärt doch das Römische Recht viele Geschäfte für erlaubt und gültig, welche jene Folgen eben so gut befürchten lassen, als die Erbverträge. *Leyser* de recto usu exspectantiarum §. 15. in medit. ad Pand. Vol. IV. — Z. B. die mündlichen Testamente, Schenkungen von Todes wegen rc. Eben hieraus erhellt aber auch deutlich, daß der Grund der Ungültigkeit der Erbverträge nicht füglich in jener Besorgniß zu suchen sey.

(14) Von dem wahren Grund, warum die Römer die Erbverträge für ungültig hielten, handelt weitläuftig *Hebestreit* diss. cit. cap. 4. — vergl. *I. F. Malblanc* (Resp. Rheinwald) de causis improbati pacti hereditarii ex iure Romano. Tub. 1798. Bey Gelegenheit der Anzeige dieser Schrift findet man auch in Hüb-

ners u. Tittmanns A. jur. Biblioth. II. 2. 202. einige Bemerkungen über die Sache. W.

(15) *Hartm Pistor.* part. 4. qu. 2. *Coccei* iur. controv. tit. de pact. qu. 3. §. 4.

(16) *Schilter* Ex. 8. th. 40. 41. *Heinecc.* elem. iur. german. lib. 2. §. 167. *Berger* oec. iur. lib. 2. tit. 4. th. 48. *Wernher* part. 1. obs. 160. *Leyser* sp. 43. med. 5. *Boehmer* tom. 1. part. 2. resp. 46. n. 15. 16. 17. tom. 2. part. 2. resp 887. n. 8. sqq. *Cramer* de verbis pacti successorii etc. §. 1. opusc. tom. 2. p. 455. *Pufendorf* tom. 3. obs. 23. §. 3. Strube Nebenst. 5. Th. S. 50. u. f. f. und rechtl Bed. 2. Band, 63. Bed. Pütters Rechtsfälle, 2 Band, S. 48. u. f. f. besonders aber 3. Band No. 258. wo die Gültigkeit der Erbverträge in Deutschland ganz ausführlich und gründlich deducirt wird. *Hebestreit* l. c. §. 59. Es ist auch nicht nöthig, daß die Erbverzichte eidlich geschehen, wie Viele, unter Andern auch *Leyser* sp. 45. med. 1. glauben. *Reinharth* ad *Christin.* II. 15. *Müller* ad *Leyser* obs. 164. Indessen ist es eben darum, weil die Sache streitig ist, nicht rathsam, den Eid wegzulassen.

(17) *Stryk* de success. ab intest. diff. 8. cap. 2. §. 6. sqq. *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de pact. §. 18. sqq. *Berger* l. c. not. 1. *Heinecc.* l. c. §. 168. *Leyser* sp. 375. med. 27. *Ludewig* diss. de diff. iur. rom. et germ. in pactis de superstitis heredio cap. 4. *Pufendorf* tom. 3. obs. 12.

(18) *Bachov* ad *Treutler* vol. 1. disp. 6. th. 8. lit. c. *Boehmer* diss. de success. hered. coniug. ex pact. dotal. cap. 1. §. 12. Exerc. ad Pand. vol. 4. pag. 688. *Hommel* rhapsod. obs. 59. *Hebestreit* l. c. §. 63. sqq. *Rivini* diss. de pactis successor. cap. 3. *Müller* ad *Leyser* obs. 580.

(19) L. 53. D. de pact. L. 1. §. 12. D. de extraord. cognit. Der erste Grund, warum bey den Römern das pactum de quota litis verboten wurde, lag in der *lege Cincia.* Vermöge dieses Gesetzes durfte ein Advocat nichts für seine Bemühung nehmen, er mußte dem Clienten unentgeldlich dienen. Um das Gesetz zu eludiren, stellten sich die Advocaten als Parthey, als Mitinteressenten dar, und ließen sich zu dem Ende quotam litis versprechen. Obgleich in der Folge den Advocaten ein gewisses honorarium zu nehmen erlaubt wurde, so blieb doch das pactum de quota litis verboten, vermuthlich deßwegen, weil zu besorgen ist, daß ein gewissenloser Advocat nach einem solchen Vertrag alle mögliche, erlaubte und unerlaubte Mittel anwenden werde, den Proceß zu gewinnen; oder auch, daß er seinem Clienten vorspiegeln möge, die Sache sey äußerst verworren und zweifelhaft; kein Anderer werde sie übernehmen, oder durchsetzen können; er wolle es unter der Bedingung thun, wenn man ihm einen Theil am Gewinn verspreche u. s. w. Wenn man dem Advocaten auf den Fall, daß der Proceß gewonnen wird, nicht eine partem quotam vom Gewinnst, sondern eine gewisse Summe oder Sache, ein *palmarium* (Siegsverehrung) verspricht, so wollen Einige den Vertrag für gültig halten. Allein ohne Grund, wie Strube rechtl. Bed. 1. Theil 104. Bed. und Weber am a. O. §. 67. zeigen.

(20) T. T. Pand. de aleator. (§. 747. n. 8.) Von dem verbothenen commissorischen Vertrage bey dem Pfand s. oben §. 420.

§. 738.

§. 738. Kann man zum Vortheil eines Dritten paciſciren.

Die Verträge ſind unter den Menſchen dazu eingeführt, daß jeder ſein eigenes Beſte deſto ſicherer befördern kann. Nach der Regel des Römiſchen Rechts kann man aber auch nur für ſich, nicht für Andere paciſciren (*1). Wenn ich alſo a) mir und dem A. etwas verſprechen laſſe; z. E. hundert Thaler: ſo gilt der Vertrag nur in Anſehung meines Antheils, das heißt, ich kann funfzig Thaler fordern; A aber nicht (*2). Laſſe ich hingegen b) mir oder dem A. hundert Thaler verſprechen: ſo kann A. aus meinem Vertrag nicht klagen; hingegen ich kann die ganze Summe fordern, der Promiſſor aber iſt auch befugt, ſie dem A. ganz zu zahlen. Hat er dieß gethan, ſo kann ich den A. actione mandati belangen, daß er die erhaltene Summe wieder an mich bezahle (*3). In Deutſchland wird dieſe Sache bloß nach dem Naturrechte beurtheilt. Daher kann ich mir für einen Dritten etwas gültig verſprechen laſſen (*4). Im erſten Falle alſo, wenn ich mir und dem A. 100 Thaler verſprechen laſſe, hat A. das Recht, ſeinen Antheil, und im zweyten, wenn ich mir oder dem A. dieſe Summe verſprechen laſſe, das Recht, die ganze Summe einzuklagen.

(1) So raiſonniren die Römiſchen Juriſten. Paullus L. 11. D. de oblig. et act. ſagt: quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona originem trahant, inanem actum nostrum efficiunt. Et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine agat, possumus. Und Ulpian in der L. 38. §. 17. D. de verb. oblig. inventae sunt obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat, quod sua interest; caeterum ut alii detur, nihil interest mea. Sehr überzeugend iſt freylich das Raiſonnement nicht. *Kreſs* diss. de rationibus decid. in var. iur. et respons. cap. 2. §. 9. Ausnahmen der Regel: Niemand kann ſich für einen Andern etwas verſprechen laſſen, ſind 1) wenn ſich der filius familias etwas für ſeinen Vater, der Sklave etwas für den Herrn verſprechen läßt. L. 45. pr. L. 62. de verb. oblig. (§ 422 ꝛc. 2) Wenn ich mir für meinen Erben etwas verſprechen laſſe. Dieß hat Juſtinian zuerſt feſtgeſetzt. L. un. C. ut act. ab hered (IV. 11.) §. 12. I. de inut. stip. Denn vorher war die Regel: ab heredibus et in heredes non potest incipere obligatio aut actio §. 833. 3) Amtshalben (ex officii ratione) kann ich im Namen eines Andern Verträge ſchließen. Aus dieſem Grund kann es der Tutor Namens der Pupillen, der Curator Namens der Curanden, der actor civitatis (Syndicus, Verwalter der Stadtgeſchäfte) Namens der Stadt. L. 5. §. 9. D. de pecun. constit. Doch iſt auch dieß nicht allgemein. Man ſ. von den Tutoren L. ult. C. quando ex fact. tut. (V. 39.) 4) Der Factor (institor) ſchließt Verträge im Namen des Handlungspatrons (§. 1146.). Dieſes hat man nachher auf alle Bevollmächtigte in gewiſſer Maaße ausgedehnt (§. 932.). Weiter 5) gilt ein Verſprechen, das ich mir für einen Dritten thun laſſe, wenn ich dabey ſelbſt intereſſirt bin, daß dem Dritten das Verſprochene geleiſtet werde. L. 38. §. 20. L. 118. in fine D. de V. O. §. 19. I. de inutil stip. L. 3. C. eod. (VIII. 39).

Nur muß es ein interesse *pecuniarium*, oder wie es Paullus L. 25. D. de pact. nennt, *principale* seyn. So ist z. E. der Vertrag gültig, wenn sich ein Mitvormund vom andern die Caution: rem pupilli salvam fore, stellen läßt (§. 732). Denn es ist ihm selbst daran gelegen, daß das Vermögen des Pupillen gut verwaltet werde, indem er dafür haften muß. Aus gleichem Grunde kann sich der Vater etwas für seinen filium familias versprechen lassen, wenn er selbst Vortheil davon hat. Also nur in diesem Falle. Hat der Vater keinen Vortheil davon, so ist sein Namens des Sohnes geschlossener Vertrag ungültig. Daher kann der Sohn keine exceptionem pacti entgegensetzen, wenn der Vater das Pactum: *ne a filio petatur*, gemacht hat. L. 17. §. 4. D. de pact. Wenn sich der Vater versprechen läßt, daß man dem Sohn etwas leisten wolle, so war die Stipulation nur in so weit gültig, als der Vater das versprochene Object durch den Sohn erwerben konnte. L. 39. L 56. § 3. L. 130. D. de V. O. *Goeddaeus* de contrah. stip. cap. 10. conclus. 4. Endlich 6) erlauben sogar die Kaiser Diocletian und Maximian in der L. 3. C. de donat. quae sub modo (VIII. 55), wenn ich einem etwas sub modo schenke, und der modus zum Vortheil eines Dritten beygefügt ist, diesem Dritten daraus zu klagen. Dieses sind die vorzüglichsten Einschränkungen und Ausnahmen der obgedachten Regel. Es giebt deren im Römischen Recht aber noch mehrere, *Vinn.* ad §. 4. I. de inutil. stip. *Boehmer* diss. de iure ex pacto tertii quaesito, cap. 1. §. 11. sqq. Ex. ad Pand. tom. 2. p. 274. sqq. und man sieht daraus, daß die Römischen Gesetzgeber und Juristen selbst gefühlt haben, wie wenig ihre Regel mit der gesunden Vernunft harmoniret.

(2) §. 4. I. de inutil. stip. L. 110. D de V.O.

(3) §. 4. I. cit. L. 131. §. 1. D. de V. O. A heißt in diesen Fällen der *adiectus stipulationi*, und wird als mein, des Promissars, Bevollmächtigter angesehen.

(4) *Leyser* spec. 519. med. 4. Cramer Wetzl. Nebenstunden, 57. Theil, 136. Seite, 107. Theil, 434. Seite. *Wernher* p. I. obs. 182. Strube rechtl. Bed. 3. Theil, 71. Seite. *Pufendorf* tom. 2. obs. 38. §. 20. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit, § 89. a.

§. 739. Verschiedene äußere Bestimmungen der Verträge.

Die Paciscenten werden auf die Weise verpflichtet, wie sie sich haben verpflichten wollen. Sie können sich also unbedingt (pure), bedingt (sub conditione), *sub modo*, und *sub die* verpflichten.

§ 740. Von bedingten Verträgen.

Was die Bedingung, und wie vielerley sie ist, haben wir schon oben §. 490. gehört. Die bedingten Verträge werden entweder unter einer suspensiven oder resolutiven Bedingung eingegangen. Man s. die 49. Tabelle. Wenn der Vertrag nicht eher vollkommen ist, als bis eine gewisse Bedingung erfüllt wird: so heißt er pactum sub conditione suspensiva. Wenn er hingegen gleich anfangs vollkommen ist, aber seine Gültigkeit verliert, sobald die Bedingung existirt, so ist er ein pactum sub conditione resolutiva. (*1). Z. E. wenn ich einem eine Sache mit dem Beding verkaufe, daß der Kauf erst alsdann gelten soll, wenn ich binnen vier Wochen keinen bessern Käufer

finde: so ist es ein pactum sub conditione suspensiva. Schließe ich hingegen den Kauf dergestalt, daß er zwar sogleich vollkommen seyn, aber wieder aufgehoben seyn soll, wofern binnen gewisser Zeit Jemand mehr für die Sache zu geben bereit ist, oder wenn der Kaufschilling binnen einem Jahr nicht bezahlt wird: so ist es pactum sub conditione resolutiva.

Was die Verträge sub conditione *resolutiva* betrifft, so sind sie, so lang die Condition noch schwebt (pendente conditione), vollkommen; sind als conventiones purae anzusehen, und wenn ich einem vermöge eines solchen Vertrags meine Sache übergebe, so wird er Eigenthümer, zieht die Früchte, kann die Sache verpfänden, veräußern ꝛc. Trifft der Fall, auf den der Vertrag die Gültigkeit verlieren sollte, nicht ein (conditio deficit), so bleibt die Convention gültig: sobald hingegen der Fall, in welchem der Vertrag nicht gelten sollte, eintritt, (conditio existit), so wird die Convention dergestalt aufgehoben, daß es eben so gut ist, als ob sie nie eingegangen worden wäre (conventio retro nulla fit). Jeder Besitzer muß also die Sache mit allen zeither genossenen Früchten herausgeben. L. 5. D. de in diem addict.

Von den unter einer suspensiven Bedingung hingegen geschlossenen Verträgen ist Folgendes zu bemerken:

Wenn ich 1) meinem Versprechen eine schlechterdings physisch-unmögliche Bedingung affirmativ anhänge, das heißt, ich verspreche einem etwas auf den Fall, wenn etwas physisch-unmögliches geschehen wird, so ist der Vertrag ungültig. Z. E. wenn ich einem einen Preis verspreche, wofern er das Verhältniß des Cirkeldiameters zur Peripherie mit Zahlen genau ausdrucken werde: so bin ich zu nichts verpflichtet. Denn dieses Verhältniß ist irrational, läßt sich also mit Zahlen nicht genau ausdrucken (*2).

Ist die schlechterdings physisch-unmögliche Bedingung *negative* beygefügt, d. i. ich verspreche dir etwas, wofern etwas physisch-unmögliches nicht geschehen wird; so ist der Vertrag als ein unbedingter (conventio pura) anzusehen (*3).

2) Wenn ich etwas unter einer moralisch-unmöglichen Bedingung verspreche: so ist der Vertrag ungültig, die Bedingung mag nun affirmativ beygefügt seyn, d. i. der Promissar soll ein unerlaubtes Factum thun, oder negativ, er soll das unerlaubte Factum unterlassen. Denn die Gesetze halten es eben sowohl für schädlich, wenn man sich etwas versprechen läßt, um eine verbotene Handlung zu thun, als um sie zu unterlassen (*4).

3) Ist die Bedingung möglich und schwebt noch (pendet), so ist die Regel: dies neque cedit neque venit; das heißt, so lang es ungewiß ist, ob die Bedingung erfüllt werden wird, oder nicht: so hat der Promissar kein gewisses zuverläßiges Recht auf das versprochene Object; obligatio quidem

concepta est, wie Einige sagen, sed in utero adhuc latet. Noch weniger kann der Promissar auf das Object klagen. Indessen darf doch kein Theil pendente conditione vom Vertrag abgehen (*5); auch darf der Versprechende nichts unternehmen, wodurch dem Promissar seine Hoffnung aus dem Vertrag vereitelt wird (*6), und endlich transmittirt der Promissar seine Hoffnung auf seine Erben, das heißt, wenn er stirbt, ehe die Bedingung erfüllt wird, die Erfüllung aber nach seinem Tode erfolgt, so können seine Erben das versprochene Object fordern. Es ist also bey den Verträgen nicht nöthig, wie es bey der Erbeseinsetzung und den Vermächtnissen erfordert wird, daß der Promissar die Erfüllung der Condition erlebe. Z. E. wenn ich einem etwas mit dem Beding verspreche, wofern mein Schiff glücklich aus Ostindien zurückkommen wird, und das Schiff erst nach seinem Tode kommt: so muß ich mein Versprechen erfüllen. Die Ursache, warum die Gesetzgeber hier etwas anders, als bey den letzten Willensverordnungen festgesetzt haben, liegt darin: wer einen Vertrag schließt, will nicht allein sich selbst, sondern auch seinen Erben einen Vortheil verschaffen. Wenn ich hingegen einem etwas in einem letzten Willen verlasse: so denke ich gewöhnlich nur an ihn, und nicht an seine Erben; nur ihm will ich etwas zuwenden, nicht seinen Erben, die ich oft nicht einmal kenne.

4) Bey Bedingungen, deren Erfüllung nur unter gewissen Umständen physisch unmöglich ist, kommt es darauf an, ob sie der Promissar erfüllen kann oder nicht. Kann er es, so gilt das, was von den möglichen Bedingungen gesagt worden ist; kann er es nicht, so hat das Statt, was von den absolut unmöglichen gelehrt wurde.

5) Wenn die Bedingung erfüllt wird, so wird sie zurückgezogen, bis zum Anfange des Geschäftes. Wenn ich also heute den 1. März 1781: einen Vertrag unter einer Bedingung schließe, und diese im Jahr 1782. erfüllt wird, so ist es eben so anzusehen, als ob diese Erfüllung schon am 1. Merz 1781. erfolgt, oder, welches einerley ist, als ob die Convention ganz unbedingt geschlossen wäre. Nur muß es keine potestative Bedingung und zwar von der Art seyn, deren Erfüllung oder Nichterfüllung gänzlich vom Willen des Schuldners abhängt, so daß er nicht verbunden ist, als wenn er es seyn will, also eigentlich gar nicht verbunden ist; z. E. woferne ich in die nächste Frankfurter Messe reise, will ich eine goldene Uhr kaufen und dir schenken. Dergleichen Bedingungen wirken nicht zurück (*7).

6) Sobald es gewiß ist, daß die Condition nicht erfüllt werden wird (si deficit conditio), so ist der Vertrag ungültig, und zwar rückwärts, d. i. er ist nie gültig gewesen, er ist also von dem ersten Augenblick an als ungültig anzusehen.

Die Anmerkung sagt: wenn ein Vertrag dergestalt geschlossen wird, daß

das Object desselben nur alsdann, wenn eine Casualcondition existirt, geleistet werden soll, so heißt er *conventio de spe.* Also bey dieser Art von Verträgen wird die Einwilligung von beyden Paciscenten unbedingt gegeben, der Vertrag ist sogleich vollkommen, seine Gültigkeit hängt nicht von einer Bedingung ab; aber ob das, was einer dem Andern verspricht, geleistet werden wird, dependirt von einer Condition (*8): diese conventio de spe kann wohlthätig, auch onerös seyn (§. 732.). Ich kann einem z. B. eine Schenkung sub spe machen, ich kann einem spem verkaufen. Die onerose Convention de spe ist zweyerley: Wenn ich einem etwas verspreche, so daß ich es in jedem Fall leisten muß, und mir dagegen etwas anders versprechen lasse, welches ich nur fordern kann, wenn eine casuelle Bedingung existirt; so heißt es *conventio de spe simplici.* Verspricht mir hingegen Jemand etwas zu leisten in dem Falle, daß eine casuelle Bedingung existiren wird, und ich verspreche ihm von meiner Seite etwas anders, aber auch unter der Bedingung, daß er das seiner Seits Versprochene leisten werde, so ist es *conventio de re sperata.* Z. E. wenn ich einem Fischer für den ersten Zug Fische 1 Thaler verspreche: so ist es conventio de spe stricte. Denn er verspricht mir nur die Fische bedingter Weise, wofern er etwas fangen wird; ich aber verspreche den Thaler unbedingt, ich muß ihn bezahlen, der Fischer mag etwas, oder nichts fangen. Eben so ist es, wenn ich in die Lotterie setze. Denn ich bin den Betrag des Looses auf alle Fälle schuldig; die Lotteriecasse aber verspricht mir den Gewinnst nur unter der Bedingung, wenn mein Loos treffen wird. Hingegen wenn ich einem für jede Ohm Wein, die im Jahr 1787 in seinem Weinberg gemacht werden wird, 10 Thaler verspreche: so ist es conventio de re sperata. Denn er verspricht nur Wein unter der Bedingung, wenn dergleichen wachsen wird; und ich verspreche den Kaufschilling nur mit dem Beding, wenn ich Wein bekomme (*9). Man vergleiche das, was unten §. 866. von der emtio spei und rei speratae vorkommt.

(1) Die conditio resolutiva ist vielmehr ein besonderes pactum resolutivum, als eine Bedingung, L. 2. §. 3. D. pro emt. *Io. Frid. Wahl* progr. de permutatione pacto displicentiae vallata, §. 10. Westphal von d. Arten der Sachen rc. §. 26 rc.

(2) Lambert Beyträge zum Gebrauch der Mathematik, 2. Th. 1. Abschnitt. Ich erhielt diese Nachweisung von Hrn. Hofrath Kästner, welcher mir dabey schrieb: „Der Fall, daß ihn ein Jurist wegen des Verhältnisses des Diameters zur Peripherie fragte, sey eben so einzig in seiner Art, als der casus unus im §. 2. I. de actionibus." (§. 1095.)

(3) §. 10. I. de inutil. stip. ibique *Vinn.*

(4) L. 7. §. 3. D. de pact. L. 31. D. de obligat. et act. §. 11. I. cit. *Io. Tob. Richter* diss. de impossib. condit. contractum non vitiante, Lips. 1747. will einen Unterschied gemacht wissen, ob der Promittent gewußt habe, daß die

Bedingung unmöglich sey oder nicht. Im ersten Fall soll der Vertrag gelten, im letzten nicht. Allein die Gesetze kennen diese Distinction nicht.

(5) §. 4. I. de verb. oblig. sagt: ex conditionali stipulatione tantum spes est, debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius quam conditio exstet, mors nobis contigerit.

(6) *Mevius* dec. VIII. 318. Pütter in Rechtsf. I. 64. Wie steht es aber mit den potestativen negativen Bedingungen? Man bemerke: wenn eine solche Bedingung beygefügt wird, so verspreche ich entweder etwas auf den Fall, daß ich etwas unterlassen werde, oder auf den, daß der Andere etwas nicht thun wird. Im ersten Falle habe ich mich entweder a) verbindlich gemacht, etwas sogleich oder auch binnen einer gewissen Zeit zu leisten, und wieder auf den Fall, daß ich es nicht leisten würde, etwas versprochen: z. E. ich will dir meine Tochter zur Ehe geben, halte ich dieß Versprechen nicht, so sollst du 1000 Thaler haben; oder b) ich habe mich nur verpflichten wollen, das Factum irgend einmal in meinem Leben zu thun, ohne eine Zeit zu bestimmen. Z. E. ich verspreche: ich will über diese Materie eine Abhandlung schreiben, und wenn es nicht geschieht, dir 100 Thaler bezahlen. Im ersten Fall kann ich auf die 1000 Thaler belangt werden, so bald ich das Factum thun kann, und dennoch es nicht thun will. Im zweyten kann ich, so lang ich lebe, nicht belangt werden. L. 115. §. 2. D. de V. O.

Verspreche ich hingegen etwas unter der Bedingung, daß der Promissar etwas unterlassen wird, so kann er das Versprechen nicht fordern, so lang er lebt. Auch findet hier die Mucianische Caution nicht Statt. Denn meine Absicht war nicht, dem Andern ein Recht, das Object zu fordern, zu geben, so lang er lebt, und hätte er die Befugniß haben wollen, es gegen Caution zu fordern, so hätte er es sich ausbedingen müssen. *Vinn.* ad §. 4. I. de V. O. n. 4.

(7) L. 9. §. 1. D. qui pot. in pign. L. 16. D. de solut. L. 18. L. 144. §. 1. de R. I. L. 26. de stip. servor. L. 38. L. 78. de V. O. *Brussel* de condit. lib. 2. tit 3. n. 15. sqq. Diese Sätze sind besonders in der Lehre vom Pfandrecht wichtig. *H. Pistor.* lib. 3. quaest. 14. Westphal vom Pfandrecht S. 213. Gmelin Ordn. der Gläubiger, Cap. 4. §. 9. Vergl. überhaupt *Averanius* interp. iur. civ. III. 9.

(8) Oder wie *Wolf* iur. nat. part. 5. §. 286. sagt: super incerto eventu convenitur. Diese Verträge heißen auch *contractus aleam continentes.*

(9) Andere, z. B. *Nettelbladt* I. Nat. §. 610. unterscheiden die conventionem de spe simplici von der conventione de re sperata so: jene, sagen sie, wird über einen Gegenstand geschlossen der schon existirt, aber noch nicht in der Gewalt des Paciscenten ist, der ihn verspricht; diese über ein Object, das noch nicht existirt. Andere unterscheiden sie noch anders. Man s. Glück über Hellfeld Th. IV. §. 303. Insgemein reden die Juristen nur von *emtio spei* und *rei speratae.* Allein auch andere Verträge können de spe simplici und de re sperata geschlossen werden. Ein merkwürdiger Fall, wo die Frage war, ob der Vertrag zu einer oder zu der andern Gattung gehöre, ist mir vorgekommen. Ein Schwiegersohn machte an seine Schwiegermutter verschiedene Forderungen. Er verglich sich endlich mit ihr dahin, daß er seine Forderungen fallen ließ, und sie ihm versprach, er solle nach ihrem Tode den Nießbrauch ihres ganzen Vermögens haben, so lang seine Kinder (die damals noch sehr

jüng waren) in seinem Hause blieben. Die Schwiegermutter aber erreichte ein so hohes Alter, daß alle diese Kinder bey ihrem Absterben schon längst das Haus verlassen hatten. Nun wollte der Schwiegersohn seine alten Forderungen wieder geltend machen, weil er den versprochenen Nießbrauch nicht erhalten habe.

§. 741. Von dem Vertrag sub modo.

Modus heißt eine Clausel, welche einem wohlthätigen Geschäft angehängt, und wodurch dem, der die Wohlthat erhält, etwas zu thun oder zu unterlassen auferlegt wird. Also der modus wird nur wohlthätigen Geschäften (actibus beneficis) (§. 732.) beygefügt, nur den Vermächtnissen (§. 577.) und Schenkungen. Z. E. wenn ich einem 200 Thaler schenke, um die Doctorwürde anzunehmen, so ist es ein Geschenk sub modo.

Der modus ist von der conditione resolutiva unterschieden. Denn 1) kann diese allen Arten von Geschäften angehängt werden; der modus, wie gesagt, nur wohlthätigen. 2) Die Resolutiv-Bedingung kann casualis und potestativa seyn; ihre Erfüllung hängt entweder von dem Willen des Promissars, oder von äußerlichen Umständen ab; der modus aber ist allezeit potestativus; d. h. er enthält immer etwas, welches der Andere thun und lassen kann, welches in seiner Gewalt steht, und nicht von äußerlichen Umständen dependirt. 3) Wenn die Resolutiv-Condition existirt: so hört die Gültigkeit des Versprechens auf (§. 740.), und zwar von selbst, ipso iure. Hingegen wenn der modus nicht erfüllt wird, so geschieht dieß nicht, sondern der Promissor muß den Promissarius auf die Erfüllung des modi belangen, und wenn diese durch die Schuld des Promissars nicht mehr möglich ist, auf das Interesse.

Wer übrigens etwas sub modo verspricht, muß es leisten, wenn gleich der Andere den modum noch nicht erfüllt hat (modus non suspendit obligationem); nur muß ihm dieser Caution stellen, daß er den modum erfüllen wolle (*1).

(1) Arg. L. 44. D. de manumiss. testam. S. übrigens die §. 577. angef. DD.

§. 472. Von dem Vertrage sub die.

Wenn dem Vertrag eine Zeit beygefügt wird, so heißt er *pactum sub die*. Dieser ist entweder *ex die*, oder *in diem*. Ex die verspreche ich, wenn ich nicht eher das Versprechen leisten will, als bis der Tag erscheint; oder wie Andere sagen, der Tag ist terminus a quo; in diem, wenn ich es so lange leisten will, bis der Tag kommt; der Tag ist als ein terminus ad quem beygefügt (*1).

Wenn man wissen will, was bey dieser Art von Verträgen Rechtens ist, so muß man, wie oben in der Lehre vom letzten Willen §. 489.), den gewissen und ungewissen Tag unterscheiden. Entweder a) ist es gewiß, daß ein Tag kommen werde, auch wann er kommen wird; oder b) es ist zwar gewiß,

daß der Tag kommen werde, allein ungewiß, zu welcher Zeit; oder c) es ist ungewiß, ob er kommt; wenn er aber kommt, so kommt er zu einer bestimmten Zeit, oder d) ob der Tag kommen werde, und wann, ist beydes nicht vorauszusehen. Die Verträge ex die sind also in dieser Rücksicht viererley. Ich kann einem a) versprechen, etwas zu leisten an einem Tage, der völlig gewiß ist, z. E. ich will dir auf den 1. Januar 1796. zahlen. b) An einem Tage, von dem es nur gewiß ist, daß er kommen werde, nicht zu welcher Zeit, z. E. ich verspreche dir die Lieferung an dem Tage, da der (jetzt zugefrorne) Rhein schiffbar werden wird. c) An einem Tage, von welchem es bloß gewiß ist, zu welcher Zeit er kommen wird, wofern er nemlich kommt; z. E. du sollst 100 Thaler haben an dem Tage, da du majorenn wirst. Ob der Andere wird majorenn werden, ist ungewiß, da er vorher sterben kann. Endlich d) an einem Tage, der in allem Betracht ungewiß, z. B. an dem Tage, da ich in der Lotterie 1000 Thaler gewinne, sollst du 100 haben.

Im Fall a) und b) gilt die Regel *dies statim cedit* (§. 582.), der Promissar hat sogleich ein Recht, *sed dies venit demum tempore lapso*, er kann erst klagen, wann die bestimmte Zeit verflossen ist (*2). Er kann es daher nicht eher einklagen, als bis der ganze letzte Tag vorüber ist. Totus is dies arbitrio solventis tribui debet (*3). In den Fällen c) und d) ist der Tag als eine Condition anzusehen. Was also von den Conditionen (§. 740.) gesagt worden ist, gilt auch hier.

Die Verträge in diem sind wieder von verschiedener Art. Ich kann einem etwas in diem so versprechen, daß ich es nur Einmal leisten will; aber auch dergestalt, daß ich es mehrmals, alle Wochen, Monate, Jahre, bis zu einer bestimmten Zeit leisten will. Ein Beyspiel von der ersten Art wäre: ich werde Bürge für deine Forderung, aber nur auf ein Jahr lang. Nach Verlauf dieses Jahres will ich aus dieser Bürgschaft weder für die vergangene noch künftige Zeit verhaftet seyn. Ein Exempel der zweyten Art: ich verspreche dir alle Woche einen Thaler, so lange ich lebe (*4).

Der Tag bey einem Versprechen in diem kann (so wie bey dem ex die) in allem Betracht gewiß, in allem Betracht ungewiß, und in einiger Rücksicht gewiß, in anderer ungewiß seyn.

Bey allen Verträgen in diem gilt indessen die Regel: *pure facta obligatio intelligitur*, oder, *dies statim cedit et venit*. Der Promissarius erhält sogleich ein Recht aus dem Vertrag, und kann auch, sobald der Fall des Vertrags eintritt, klagen. Wenn aber der Tag kommt, hört sein Recht auf (*5). Also wenn ich mich auf ein Jahr lang verbürgt habe, so kann ich, im Fall der Hauptschuldner nicht bezahlt, während des Jahres belangt werden, nachher nicht mehr (§. 841.). Wenn ich einem alle Woche, so lang ich lebe, einen

einen Thaler versprochen habe, so kann er mit dem Anfange jeder Woche diesen Thaler fordern. Nach meinem Tode kann er nichts mehr verlangen. Zweifelhaft kann die Sache werden, wenn ich einem etwas bis zu einem völlig, oder wenigstens in Ansehung der Frage, ob? ungewissen Tag verspreche, und nun die Umstände sich so ändern, daß der Tag gar nicht kommen kann. Z. B. ich verspreche dir jeden Tag, solang bis mein Schiff ankommt, einen Thaler. Das Schiff aber geht zu Grunde. Muß ich ihm jetzt den Thaler wöchentlich bis in alle Ewigkeit fortbezahlen? Nein! sondern von dem Tage an, da das Schiff versunken ist, bin ich nichts mehr schuldig.

(1) Die classischen Rechtsgelehrten nennen indessen das pactum ex die oft auch in diem. S. z. E. §. 2. I. de verb. obl. *Brissonius* de V. S. voc. in. Einige, als *Nettelbladt* introduct. in iurispr. posit. §. 515. setzen noch eine dritte Art von Verträgen zu, die, wo ich etwas innerhalb einer gewissen Zeit verspreche. Es gilt dabey dasselbe, was bey den pactis *ex die* Rechtens ist. Dies statim cedit, der Promissar bekommt sogleich ein Recht; dies venit, wenn der letzte Moment der bestimmten Zeit verflossen ist. Auch kann der, welcher heute verspricht, etwas an einem gewissen Tage zu leisten, es auch in der Zwischenzeit, von heute an bis zu dem bestimmten Tage, leisten. L. 70. de solut. L. 38. §. 16. de V. O. — (Ein anderes wäre freylich, wenn der Berechtigte zeigen könnte, daß er durch diese frühere Leistung Schaden leide.)

(2) Justinian sagt cit. §. 2. I. de verb. obligat. id quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius, quam dies venerit, non potest. Wie Ulpian L. 41. §. 1. D. de V. O. (wo es heißt: dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur) damit zu vereinigen ist, s. bey *Vinn.* ad §. 2. I. num. 4. wo auch der Streit der Juristen, ob aus einem solchen Versprechen vor Ablauf der Zeit gar keine Klage entstehe, oder ob sie entstehe, aber durch die exceptionem plus petitionis niedergeschlagen werde, beurtheilt ist. (Unstreitig bezieht sich der Ausdruck debeatur in der angef. Stelle Ulpians nur darauf, daß es jetzt noch nicht gefordert werden könne. W.) Noch bemerke man: 1) wenn ich die Schuld ex die aus Irrthum zu früh bezahle (repraesentatio L. 24. §. 2. soluto matrimon. L. 88. §. 5. D. de legat. II.); so kann ich sie nicht condictione indebiti zurückfordern. L. 10 L. 17. D. de condict. indeb. (§. 955. 2) Ob ich aber in diesem Falle nicht die Zinsen, das *interusurium*, verlangen kann, ist eine sehr bestrittene Frage. Nach der Billigkeit allerdings. *Hunn.* resolut. p. 677. *Horn* diss. de interusurio, p. 38. sqq. — Der Gläubiger erhält durch die frühere Zahlung aus Irrthum des Schuldners eigentlich mehr als ihm zukommt. §. 5. I. de fideiuss. §. 33. I. de action. daher er dies billig zu vergüten hat *G. B. Becmann* tract. mathem. iurid. de interusurio. Goett. 1784. §. 3. W.

(3) §. 2. cit. de verb. oblig.

(4) Wenn ich einem eine Summe, z. E. 100 Thaler so lang ich lebe, versprochen hätte, ohne hinzuzusetzen, ob ich sie einmal oder mehrmal, und wie oft bezahlen wolle, so ist wohl dem Redegebrauch nach zu behaupten, daß ich sie alle Jahr zu geben schuldig sey. *Vinn.* ad §. 3. I. de V. O. n. 1.

(5) Bey Verträgen, welche durch feyerliche Worte geschlossen werden, verordnet das Römische Recht ein Anderes (§. 808.).

§. 743. Wirkungen der Verträge.

Was die **Wirkungen** eines gültigen Vertrags betrifft, so ist er entweder ein obligatorischer oder liberatorischer (pactum remissorium). Das letzte hebt die bisher bestandene Verbindlichkeit auf; zuweilen ipso iure, wie die Römischen Juristen sagen, zuweilen ope exceptionis (§. 995. rc.). Das erste wirkt eine Verbindlichkeit, das zu leisten, was man versprochen hat.

Hierbey aber ist zu bemerken: 1) durch jeden Vertrag werden nicht allein die Paciscenten, sondern auch ihre Erben verpflichtet; wofern anders der Vertrag nicht persönlich war. Nemlich ein Vertrag wird entweder auf die Person der Paciscenten eingeschränkt, oder er geht auf die Erben. Im ersten Falle heißt er *pactum in personam* oder *personale*, im letzten *pactum in rem* oder *reale*. Das pactum personale ist entweder a) auf die Person des Promittenten eingeschränkt. Z. E. ich, so lang ich lebe, will dir und deinen Erben jährlich 100 Thaler geben; ich, so lang ich lebe, will weder von dir noch deinen Erben die Schuld fordern; oder b) auf die Person des Promissars. Z. E. du sollst lebenslang in meinem Hause den freyen Einsitz haben; oder, so lang du lebst, soll die Schuld nicht gefordert werden; oder c) auf die Person von beyden: ich, z. E. verspreche, so lang ich lebe, dir die nöthigen Alimente zu geben; so lang ich lebe, und du lebst, soll die Schuld nicht gefordert werden.

Ein pactum, das nicht ausdrücklich auf die Person eingeschränkt ist, ist reale; denn es ist zu vermuthen, daß jeder Paciscent nicht nur sich, sondern auch seinen Erben einen Vortheil verschaffen wolle (*1). Ausnahmen kommen vor bey der Schenkung auf den Todesfall, denn diese geht nicht auf die Erben des donatarii; ferner wenn man bey dem Vertrag auf die persönlichen Eigenschaften des Paciscenten vorzüglich Rücksicht nimmt (si personae industria electa conventio singulari personae fiducia inita est), z. E. in der Societät, dem mandato u. s. w.

Ein successor *singularis* wird durch die Verträge seines antecessoris nicht verbunden. Wenn ich z. E. ein Haus gehabt, und während dieser Zeit Verträge geschlossen habe, nun aber das Haus verkaufe, so kann der Kaufer aus meinen Verträgen nicht belangt werden. Wird durch den Vertrag ein dingliches Recht auf die Sache ertheilt, z. E. eine Servitut, so muß freylich der Nachfolger, welcher die Sache erhält, auch das ius in rem anerkennen. Eine Verbindlichkeit aber, eine persönliche Verpflichtung des Vorgängers bindet den Nachfolger nicht.

2) Fast alle ältern, auch einige neuern Juristen (*2) behaupten, wer

ein Factum versprochen habe, könne nicht belangt werden, es zu thun, sondern der Promissarius müsse auf das Interesse klagen. Allein diese Meynung ist nicht nur vernunftwidrig (denn warum soll ich einen nicht zur Leistung eines versprochenen Factums eben so gut, als zur Leistung einer Sache zwingen dürfen?), sondern wird auch durch kein Gesetz begründet. Die Gesetze sagen nur, wer ein versprochenes Factum nicht leiste, sey schuldig, das Interesse zu prästiren; sie sagen aber nicht, daß der Promissarius schuldig sey, sich damit zu begnügen. Das ist übrigens nicht zu läugnen, daß, wenn der Promittent sich weigert, das versprochene Factum zu thun, es in den meisten Fällen rathsamer ist, das Interesse zu verlangen: als ihn zu dem Factum zu zwingen; denn er wird es, wenn man Zwang braucht, schwerlich recht thun; so thun, daß der Promissar Nutzen und Vergnügen davon habe. Weil man auch das Interesse selten genau bestimmen und beweisen kann, so ist es vortheilhaft, sich von dem Promissor eines facti zugleich eine Conventionalstrafe, d. i. eine gewisse Leistung an Gelde oder Geldeswerth auf den Fall versprechen zu lassen, wenn er das Factum nicht leisten würde.

(1) Von der Distinction zwischen pactis realibus und personalibus s. *Bachov.* ad prot. Pand. p. 597. und p. 648. sqq. *Vinn* de pact. cap. 13 und (Höpfner's Sammlung Römischer Gesetze (Frkft. und Leipzig 1785.) S. 83.

(2) Z. E. *Beyma* tract. de obligat dandi et faciendi in opusculis p. 623. sqq. *Franzkius* ad Pand. tit. de praescript verb. n. 63. *Vinn.* ad Inst. tit. de V. O. §. 7. n. 2. und *Lauterbach* colleg. th. pr. eod. tit. §. 11. Sie berufen sich auf L. 44. §. fin. D. de obligat. et act. L. 13. in fin. D. de re iud L. 68. L. 72. pr L. 75. §. fin. D. de V. O. Man s. aber *Coras.* miscellan. lib. 2. cap. 2. *Cuiac.* ad L. 72. de V. O. *Huber* ad inst. tit. de V. O. §. 5. *Thomasii* diss. an qui factum promisit, liberetur praestando id quod interest, in collect. diss. Tom. 4. num. 123. *Heinecc.* ad *Vinn* l. c. Schwach ist der Grund, den Vinnius l. c. n. 3 anführt, es sey eine Art von Sklaverey, wenn man zu einem Factum gezwungen werde. — Hätte Vinnius 150 Jahre später geschrieben, so möchte vielleicht von Urrechten des Menschen, von seiner Behandlung als Sache, und als bloßes Mittel hiebey die Rede gewesen seyn, die Behauptung selbst aber auch hier durch die neue Art des Ausdrucks nichts gewonnen haben. Denn der Mensch muß Wort halten, wenn er etwas verspricht. Man kann auch nicht einwenden, daß der Zwang gegen den Willen des Verpflichteten, um diesem ein Factum abzunöthigen, vergeblich sey. Denn die Erfahrung lehrt, daß rechtliche Zwangsmittel, z. E. Androhung einer Geldstrafe, oder den Umständen nach Gefängniß bis zu seiner bessern Begreifung, ungemein viel über den unerzwingbaren menschlichen Willen vermögen. W.

§. 744. Was ist die arrha und wie vielerley?

Arrha, Angeld, Angabe, Aufgabe, Weinkauf, Reugeld, ist eine Sache, oder ein Stück Geld, welche ein Paciscent zum Zeichen eines bey dem Vertrage ihm zukommenden Rechtes giebt. Man kann eine solche arrham 1)

geben, ehe noch der Vertrag völlig abgeschlossen und unwiederruflich ist, und in diesem Falle heißt *arrha pacto imperfecto data*. Z. E. an manchen Orten gilt ein Contract über liegende Güter nicht vor erfolgter obrigkeitlicher Confirmation. Gesetzt, ich schließe an einem solchen Ort einen Hauskauf, und gebe, ehe noch die gerichtliche Bestätigung geschehen ist, ein Stück Geld auf den Kauf. Dieses ist eine arrha pacto imperfecto data. Denn der Kauf ist noch nicht unwiederruflich. Oder gesetzt die Parthenen machen bey einem Kaufe aus, daß jedem noch so lange freystehen soll, zurück zu gehen, bis der Contract zu Papier gebracht, mundirt, unterschrieben und untersiegelt ist; der Käufer zahlt aber dem ohngeachtet sogleich ein Stück Geld an den Verkäufer. Auch dieß ist eine arrha pacto imperfecto. Die Wirkung dieser arrhae ist, daß, wenn der, welcher sie gegeben hat, von dem Contract abgehen will, er die arrham verliert; und daß im Gegentheil der Andere, welcher die arrham bekommen hat, im Fall er zurück gehen will, sie doppelt restituiren muß.

Allein die arrha kann auch 2) gegeben werden, wenn der Vertrag völlig abgeschlossen, zu seiner Perfection gekommen ist; jetzt heißt sie arrha *pacto perfecto data*. Sie ist zweyerley; entweder wird sie a) als ein Zeichen gegeben, daß die Paciscenten befugt sind, von dem Vertrag, ob er gleich zur völligen Richtigkeit gekommen ist, wieder abzugehen; oder b) zum Zeichen, daß sie dazu nicht befugt sind. Im ersten Fall heißt sie *arrha poenitentialis*, im zweyten *arrha confirmatoria*. Bey der arrha poenitentiali gilt eben das, was bey der arrha pacto imperfecto data Rechtens ist; das ist, der Geber der arrhae kann vom Vertrage abgehen, wenn er die arrham verlieren, und der Empfänger kann zurücktreten, wenn er sie doppelt restituiren will. Arrha confirmatoria hingegen erlaubt schlechterdings weder dem einen noch dem andern, vom Vertrag wieder abzugehen. Nur fragt sichs, wenn nach völlig abgeschlossenem Vertrage eine arrha gegeben wird, ist sie im Zweifel für eine poenitentialem oder für eine confirmatoriam zu halten? Ich glaube, daß die letztere zu vermuthen sey; denn es ist etwas besonders und irreguläres, daß man von einem Vertrage wieder abgehen darf, der zur Vollkommenheit gelangt ist (*1).

(1) *Vinn.* ad pr. I. de emt. vendit. n. 12. *Schulting* thes. controv. dec. 63. th. I. *Lauterbach* Diss. de arrha §. 67 sqq. und die Schriftsteller, welche *Barth* dissens. in praxi, centur. 8. Dissens. 710. p. 296. anführt. *Walch* controv. p. 605. edit. III. *Müller* ad *Leyser*, obs. 424. Runde deutsches Recht §. 187. Der gegentheiligen Meynung ist *Leyser* sp. 204. m. 1. und Andere, auch *Bach* diss. de multa poenitentiali in emt. vendit. §. 4. opusc. p. 390.; doch dieser mit der Einschränkung, wenn der Contract noch nicht erfüllt ist.

§. 745. Die Verträge sind entweder pacta oder Contracte.

Nach dem Naturrecht verbindet jeder Vertrag, wenn nur a) die Paciscen-

ten consentiren konnten, b) wirklich consentirt haben, und c) der Gültigkeit des Vertrags kein physisches oder moralisches Hinderniß im Wege steht. Die Römischen Gesetzgeber aber haben es nicht für rathsam gehalten, alle nach dem Naturrecht gültigen Verträge auch im Staate für ganz verbindlich zu erklären; weil auf diese Weise ein Bürger zu leicht übereilt werden könnte (*1). Sie billigen es nicht, wenn jemand einen Vertrag nicht halten will. Sie glauben aber doch, daß es auf der andern Seite schädliche Folgen habe, wenn man aus jedem Vertrag, der nach dem Naturrecht gilt, auch in der Republik eine Klage verstatte, weil nicht bey allen Verträgen ein ernstlicher und überlegter Wille der Paciscenten Statt finde. Hieraus entsteht die im Römischen Recht so wichtige Distinction zwischen Contracten und pactis. (S. die 50. Tabelle.)

(1) Noch andere Ursachen führt *Bynkershoek* diss. de pactis stricti iur. contr. adject. cap. 1. in opusc. Halens. pag. 94. an. S. auch *Guil. Best.* orat. de pactorum et contractuum sec. ius gent. et rom. natura et aequitate, bey dessen Buche ratio emendandi leges, (Leipz. 1745.) im Anhang. S. 69. u. f. f.

§. 746. Was ist ein Contract, was ein pactum?

Ein Vertrag nemlich, welcher nach den alten Römischen Gesetzen eine Klage wirkt (*1), heißt *contractus*; der keine wirkt, *pactum*. Jeder Vertrag kann nemlich nach den alten Gesetzen 1) zu einer Klage wirksam gemacht werden, wenn man ihn in feyerliche Worte, in eine Formel einkleidet. Denn wenn dieß geschieht, so haben die Paciscenten Zeit genug, alles reiflich zu überlegen; keiner kann also sagen, daß er übereilt worden sey. Man kann aber auch 2) jeden Vertrag dadurch verbindlich machen, wenn einer der Paciscenten ihn erfüllt. Denn auch dieses giebt zu erkennen, daß es dem Paciscenten ein wahrer Ernst gewesen sey. Wer wird die Erfüllung eines Vertrags leisten oder annehmen, bey dem es ihm kein Ernst ist? Endlich 3) giebt es fünf Verträge, welche die Römischen Gesetzgeber für Contracte erklärt haben, wenn nur die Erfordernisse beobachtet sind, welche das Naturrecht verlangt. Diese sind emtio venditio, locati conductio, societas, mandatum, emphyteusis (*2). Die Gesetzgeber glaubten vermuthlich, es sey nicht thunlich, bey diesen Contracten jedesmal eine Formel zu brauchen, oder sie sogleich zu erfüllen. Demnach giebt es dreyerley Contracte: 1. *formularios* oder *stricti iuris*, die durch feyerliche Worte eingegangen werden: 2) *reales*, welche von einem der Contrahenten erfüllt, und dadurch zu Contracten geworden sind; 3) *consensuales*, welche nichts als die Erfordernisse des Naturrechts, die gültige Einwilligung beyder Theile nöthig haben (*).

(1) *Galvanus* de usufr. cap. 17. *Noodt* de pact. et transact. cap. 9.

(2) Dieser Contract ist zwar erst in den neuern Zeiten entstanden. Indessen haben ihn die Gesetzgeber den Contracten beygezählt, weil er eine Vermischung von Kauf- und Miethcontract ist.

(*) So wie der Ausdruck conventio, von convenire, überhaupt das Zusammenkommen, oder Zusammentreffen Mehrerer, und besonders hier die Uebereinkunft, oder gegenseitige Einwilligung derselben überhaupt bezeichnet, L. 1. D. de pact.; so wird auch durch das Wort contractus, von contrahere, zusammenziehen oder binden (constringere) an sich schon etwas mehr, als bloße Uebereinkunft angedeutet, nemlich eine vestere Verbindung, wobey schon ein nothwendiges Zusammenhalten Statt findet. In moralischer Beziehung also, wenn ein nexus unter Mehrern Statt findet, den man auch obligatio nennt. L. 4. §. 6. D. de vi bonor. raptor. L. ult. D. de curat. bon. dando. L. 96. de legat. I. L. ult. D. de appellat. recip. Im allgemeinen Verstande sind daher auch wirklich die Ausdrücke: contractus und obligatio synonimisch. L. 20. D. de iud. Omnem obligationem *pro contractu* habendam esse; ut ubicunque aliquis obligatur, et contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur. — L. 52. D. de re iud. si rerum amotarum cum viro agatur, in solidum condemnari debet, quoniam ex *malo contractu* actio oritur. add. L. 15. D. de donat. L. ult. D. de accusat. Im besondern und eigentlichen Sinne versteht man aber eine gewisse Gattung der Verträge, und zwar im Ganzen nur diejenigen darunter, welche der Regel nach eine im Staat völlig sanctionirte Verbindlichkeit hervorbringen. L. 19. D. de V. S. Dieß ist auch bey uns dem Redegebrauch gemäß; Verträge die keine bürgerlich vollgültige Verbindlichkeit erzeugen, wird man nicht leicht, wenigstens immer nur sehr uneigentlich Contracte nennen. Im strengsten Sinne des Römischen Rechts kommen jedoch nicht alle an sich verbindlichen, ja selbst nicht alle gerichtlich klagbaren Verträge, sondern nur gewisse Arten derselben, welche nach der allgemeinen Regel des Civilrechts für sich (d. i. nicht als Anhang eines andern Geschäfts) bestehen, und eine gerichtliche Klage zum Besten des Berechtigten begründen, unter der Benennung non Contracten vor. In diesem strengsten Sinne des Worts ist der Begriff vorzüglich blos historisch. Ein Vertrag ist Contract, weil ihn die Regel des Civilrechts nach gewissen an sich nicht immer wesentlichen, sondern zum Theil ganz zufälligen Eigenschaften einmal dafür anerkannt hat. Man sagt ganz richtig: contractus sunt conventiones, quae causam civilem habent, wenn man unter causa civilis, die (an sich freylich zum Theil ganz zufälligen) Eigenschaften und Verhältnisse eines Vertrags versteht, derentwegen ihn die Regel des Römischen Civilrechts für sich bestehen, und eine Klage hervorbringen läßt; nicht aber in dem Sinne, wie Hellfeld §. 306. die Sache ausdruckt: causa civilis est ratio sufficiens a lege adprobata, ob quam conventio actionem producit. Denn eben dies würde sich auch von den klagbaren pactis, und besonders von den legitimis (§. seq.) sagen lassen. Jene causa civilis ist nun dreyfach 1) der Gebrauch feyerlicher Worte, oder einer gewissen Formel, wodurch die Partheyen ihre Einwilligung zu erkennen geben (contractus formularii); 2) die von einer Seite bereits geschehene Erfüllung, wodurch der andere Theil gleichfalls verpflichtet wird, etwas zu leisten — ipsa re contrahitur obligatio — daher contractus reales — die wiederum theils nominati, theils innominati sind, wie im §. vorkommt. 3) Nur in einigen namentlich genannten Geschäften, ist bloße gegenseitige Einwilligung als eine hinreichende causa civilis anerkannt (contractus consensuales). Hellfeld führt noch den consensus factus als causa civilis an; aber unrichtig, 1) weil

die Gesetze nichts davon wissen, 2) weil die Geschäfte, wo man ihn anzubringen pflegt (die sogenannten Quasicontracte) an sich gar keine Verträge sind, mithin auch consensus fictus kein rechtlicher Grund seyn kann, wodurch ein Vertrag in die Zahl der Contracte übergeht, und davon ist doch nur hier die Rede. Uebrigens herrschen nicht leicht in einer Rechtsmaterie so viele und mannichfaltige Vorstellungsarten, als eben in der Römischen Rechtslehre von Contracten und Verträgen. Daß die Römische Legislation hiebey vorzüglich auf den ernstlichen Willen der Partheyen Rücksicht genommen hätte, wie der Verfasser mit mehrern Andern annimmt, ist noch sehr zweifelhaft, wenigstens würde damit das ius poenitendi nicht zu vereinbaren seyn, welches bey ungenannten Contracten gerade dem, der den Handel erfüllt, folglich den größten Ernst seiner Seits an den Tag gelegt hat, dennoch gestattet wird (§. 802.) Weiter hierüber nachzusehende Schriften findet man bey Glück Erläut. d. Pandect. Th. 4. §. 306. Weber v. d natürl. Verbindl. §. 81. Besonders bemerkenswerth sind auch die Anmerkungen Hugo's über Langsdorf's tractat. de pactis etc. im Civil. Magaz. I. 4. 442. W.

§. 747. Verschiedene Gattungen des pacti.

Die pacta wirkten zwar nach den alten Gesetzen keine Klage. Ex nudo pacto, sagt Paullus, inter cives romanos actio non nascitur (*[1]). In den neuern Zeiten aber wurde einigen (als Ausnahmen von der Regel des Civilrechts) die verbindliche Kraft beygelegt, ohne daß sie doch deswegen in die Zahl der Contracte übergiengen. Sie blieben pacta, und wirkten dennoch eine Klage. Diese werden *pacta non nuda*, oder *iusta*, oder auch bey den Neuern *vestita* genannt; alle andere hingegen, die keine Klage produciren, heissen *pacta nuda*, d. i. pacta sola, simplicia, blosse pacta. Ob diese Benennungen übrigens dem Redegebrauch der Römischen Juristen gemäß sind, ist noch bestritten. Cujacius, Wachendorf (*[2]) und Andere behaupten, alle pacta hießen bey den classischen Juristen *nuda*. Nur die Contracte hätten pacta non nuda, conventiones non nudae geheissen. So viel ist aber gewiß; daß die Distinction selbst im Römischen Recht gegründet ist.

Die non nuda sind dreyerley. Nemlich a) einige pacta wurden durch neue Gesetze namentlich bestätigt: diese heißen *pacta legitima*. Andern b) versprach der Prätor Unterstützung und Beystand. Dieß sind die *pacta praetoria*. Endlich c) wurde eingeführt, daß ein jedes pactum obligatorisch seyn sollte, wenn es einem bonae fidei-Contracte (das heißt, einem Contract, der nicht durch feyerliche Worte geschlossen wird) sogleich als eine Clausel angehängt würde. Ein solches pactum heißt *adiectum*, ein Nebenvertrag (*[3]). Z. E. die Eyepacten und die Schenkung sind in neuern Gesetzen für gültig, aber doch nicht für Contracte erklärt worden; sie sind also pacta legitima (*). Wenn ich einer Stadt Zinsen verspreche; wenn ich mir ein nauticum foenus (*[4]) bedinge; wenn ich einem Getreide darleihe, und mir Zinsen davon versprechen

lasse: so sind alle diese Verträge obligatorisch und pacta legitima. Pacta praetoria hingegen sind die Hypothek, das constitutum (§ 8. 6.), und das pactum de iureiurando; wenn jemand eine Forderung an mich macht, ich ihm erkläre, daß ich ihn bezahlen wolle, wofern er die Forderung beschwören würde, und er sie würklich beschwört. Denn nun kann er mich belangen. Endlich pacta adiecta sind z. E. das pactum de retrovendendo, wenn ich einem etwas verkaufe, und mir den Wiederkauf ausbedinge. Eine besondere Gattung dieses Vertrags war die *fiducia*, oder wie Andere sagen, *contractus fiduciae, pactum fiduciae*. Es war ein Vertrag, da ich einem eine Sache feyerlich verkaufte und tradirte, aber mit dem Beding, daß er sie mir wieder verkaufen und tradiren sollte. Man schloß es z. E. bey der Emancipation (§. 157.) und in andern Fällen, die Conradi beschreibt (*5).

Noch bemerke man: 1) ein pactum nudum producirte zwar keine Klage; der Prätor versprach aber doch aus pactis *remissoriis* eine Exception zu gestatten; das heißt, wenn ich einem eine Schuld durch ein pactum nudum erlassen habe, und ihn gleichwohl darauf belange: so kann er mir exceptionem pacti entgegen setzen (*6). 2) In Deutschland sind vermöge uralter Grundsätze alle Verträge obligatorisch, wenn sie nur die Erfordernisse haben, welche §. 734. 735. 736. und 737. beschrieben worden, und wenn sie nicht durch ein besonders Römisches oder Deutsches Gesetz verboten, und für ungültig erklärt worden sind (*7). So gelten z. E. auch bey uns die Schenkungen unter Ehegatten nicht; nicht das pactum de quota litis (§. 737.); nicht das Spielpactum, wenn man um Geld spielt (§. 737.) (*8); gewissermassen nicht der Verkauf der Früchte auf dem Halm (§. 866.), und andere. Allein man schließe daraus nicht, daß es unnöthig sey, das Römische System von den Contracten und pactis zu wissen. Denn ohne Kenntniß dieses Systems ist es unmöglich, das Römische Rechtsbuch zu verstehen, und die Klage richtig zu benennen, die aus einem Vertrage anzustellen ist.

(1) *Paullus* sent. lib. 2. tit. 14. S. *Vinn.* tract. de pact. cap. 6

(2) *Cuiacius* obs. lib. 11. cap. 17. et ad L. 1. D. de pact. *Wachendorf* diss. de pactis nudis, in diss. triad. p. 389. Das Gegentheil vertheidigen *Bachov.* ad prota Pand. p. 564. *Vinnius* tract. de pactis, c. 5. §. 5.

(3) Die Römische Lehre von den pactis adiectis habe ich auseinander gesetzt in der (§. 743.) angeführten Sammlung der Römischen Gesetze, S. 22. u. f. f. Diese Verträge gelten nur als Accessorien des Hauptvertrags. Sie können daher die Hauptverbindlichkeit zwar in mancher Hinsicht näher bestimmen, aber sie müssen die Natur und den wesentlichen Zweck derselben unverändert lassen, oder sie hören auf, wirksam zu seyn, weil sie an sich keinen eignen Bestand haben. Hieraus ergiebt sich 1) der Grund, warum die Nebenverträge den contractibus bonae fidei sogleich angehängt werden mußten. Denn nur solang, als das Hauptgeschäft noch nicht völlig abgeschlossen war, konnten die Nebenver-

träge

träge als Theile desselben angesehen werden. 2) Warum die Nebenverträge bey den Geschäften stricti iuris nicht klagbar waren, sie mochten sogleich oder in der Folge erst hinzugefügt seyn; denn die Hauptklage, deren wesentliches Fundament hier in der feyerlichen Formel bestand, war auf die simpeln Nebenverträge gar nicht anwendlich. 3) Warum bey allen rechtlichen Geschäften die Nebenverträge keine Klage begründeten, welche mit dem Wesen der Hauptverbindlichkeit, so wie solches in den Gesetzen zum Grund lag, nicht übereinkamen. Nach deutschen Rechten können Nebenverträge allen Contracten, sowohl gleich anfangs als in der Folge angehängt werden. Weber natürl. Verbindl. §. 82. 83.

(*) Zwar wird die Schenkung in den Römischen Gesetzen auch bisweilen Contract genannt. L. 17. C. de fide instrument. (IV. 21.) Gewissermaßen auch L. 20. D. de reb. credit. Allein dies ist nur in jener allgemeinen Bedeutung des Worts contractus zu verstehen, deren bereits in der Note (*) zu dem vorigen §. ist erwähnt worden. (§. 409 Not. 6) *Voet.* ad Dig. tit. de donat. §. 2. W.

(4) Wenn ich einem Geld vorschieße, das über die See oder durch Landgegenden, wo es leicht verlohren gehen kann, geschickt werden soll, und die Gefahr auf mich nehme, mir aber dagegen höhere Zinsen, als gewöhnlich, versprechen lasse, so heißen diese nauticum foenus.

(5) *Fr. Car. Conradi* Exerc. I et II. de pacto fiduciae, recus. Helmst. 1765. S. auch *Heinecc.* ad *Vinn.* tit. de act. §. 7. n. 12. *Hellfeld* diss. de hypotheca mobilium, cap. 2. §. 7. sqq. in opusc. p. 154. und *Erxleben* princip. de iure pignor. et hypothecarum, pag. 17. sqq. Als Justinian den Unterschied zwischen den rebus mancipi und nec mancipi aufhob, kam auch die Mancipation, und mit ihr das pactum fiduciae ab.

(6) Also nur von diesen Verträgen ist das Edict des Prätors zu verstehen, nicht von obligatoriis (§. 732.). Ulpian sagt L. 7. §. 4. de pact. nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem; die Ursache führt er §. 10. ibid. an: dem Prätor schien es unbillig, si, quod semel remisit creditor debitori suo bona fide, iterum hoc conetur destruere. *Alef* diss. de eo q. i. e. circa poenitentiam cap. 1. §. 8. behauptet zwar das Gegentheil, daß nemlich das Edict auch von obligatorischen Verträgen zu verstehen sey, aber ohne hinlänglichen Grund.

(7) *Bruckner* diss. de vi pactor. nudor. hodierna, eiusque vero fundamento, Ien. 1721. *Bastineller* diss. de actione ex quocunque pacto moribus data. Viteb. 1718. Hauptsächlich aber *Hamberger* diss. de non usu stipulationum usuque pactorum in foris Germaniae, in opusc. n. 3. und *Wernher* Part. 2. obs. 280. Einige behaupten, daß schon nach dem Canonischen Recht alle gültigen Verträge eine Klage hervorbrächten. Allein man s. *Ian. a Costa* ad decretal. lib. 1. Tit. 35. pag. 223. sqq.

(8) Ich kann einen, welcher Geld an mich verspielt hat, auch heutigestages nicht darauf belangen. Strube am a. O. 4. Band 131. Bed. 5. Band, 9 Bed. Ob man aber auch das, was man verlohren und bezahlt hat, zurückfordern könne, ist sehr bestritten. Bey unmäßigen Summen hat die Condiction allerdings Statt. *Leyser* spec. 126. med. 3. — Nach der bestimmten Verordnung L. 3. C. de aleator., deren Gründe allerdings auch bey uns noch fortdauern, leidet

die Zurückforderung des Bezahlten, sobald von Glücksspielen die Rede ist, auch bey geringern Summen kein Bedenken. Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 65. not. 1. §. 77. not. 7. Das Reichsgesetz, welches man hiegegen anführt, die sogenannte Fußknechtsbestallung v. J. 1570. §. 111. redet von besondern Verhältnissen der Reichsarmee, und ist daher nicht allgemein anzuwenden. W.

§. 748. Was sind Quasicontracte?

Die Contracte werden insgemein in wahre und Quasicontracte eingetheilt. Unter den Quasicontracten versteht man facta, wodurch jemand auf dieselbe Weise verpflichtet wird, als ob er contrahirt hätte. Z. E. wenn ich die Vormundschaft über einen Unmündigen oder Minderjährigen führe, so bin ich verbunden, sein Vermögen treu und ordentlich zu verwalten, und er ist schuldig, mir meine Auslagen für ihn zu ersetzen, eben so als ob ich mit ihm darüber contrahirt hätte. Daher rechnet man die Vormundschaft unter die Quasicontracte. In einem eigenen Titel, dem 28sten dieses Buches, wird die Lehre von den Quasicontracten ausführlich vorgetragen werden (*).

(*) Vorläufig wird aber auch hier schon so viel einleuchten, daß wenn die sogenannten Quasicontracte an sich keine Verträge sind, sondern nur in Handlungen bestehen, wodurch Jemand auf dieselbe Weise verpflichtet wird, als ob er contrahirt hätte, die ganze Eintheilung der Contracte in wahre und Q. C., so gewöhnlich sie auch ist, dennoch nothwendig falsch seyn müsse, da hier Unterarten vorkommen, welche gerade das Gegentheil von der Hauptgattung sind. Weber von d. natürl. Verbindl. §. 25.

§. 749. Die wahren Contracte sind entweder benamte oder unbenamte.

Die wahren Contracte produciren entweder eine ihnen eigene und von ihnen benannte Klage (actionem propriam et cognominem), oder nur eine allgemeine, die mehreren gemeinschaftlich ist; die actionem praescriptis verbis. Jene heißen benamte, diese aber unbenamte Contracte (**). Z. E. aus dem Darlehn (mutuo) entsteht eine Klage, welche diesem Contract eigen ist, und condictio certi ex mutuo heißt; aus dem commodato entsteht actio commodati directa und contraria, die ebenfalls dem commodato ganz allein eigen ist. Diese Contracte sind also benamte. Hingegen aus dem Tauschcontract entsteht die actio praescriptis verbis. Sie ist dem Tausche nicht eigen, denn sie entsteht aus allen unbenamten Contracten; sie hat auch ihren Namen nicht vom Tausche; daher ist dieser Contract ein unbenamter. Also der Grund dieser Distinction liegt nicht im Namen des Contracts; ein Contract kann einen Namen haben, und doch innominatus heißen. Sondern er liegt in der Art der Klage, welche aus dem Contract entsteht (**).

Die contractus innominati werden in vier Classen abgetheilt: 1) *do ut des*, wenn ich einem eine Sache gebe, damit er mir eine andere dafür geben soll: z. E. ein Pferd für ein Paar Ochsen. 2) *Do ut facias*, ich gebe eine Sache, der Andere soll mir dagegen ein Factum leisten. Z. E. ich gebe dem Gärtner

ein Malter Korn, daß er mir meinen Garten bestelle. 3) *Facio ut des,* ich leiste zuerst das Factum, in der Absicht, daß mir der Andere die Sache geben soll. Z. E. der Gärtner bestellt zuerst den Garten, um nachher das Getreide dafür zu erhalten. 4) *Facio ut facias,* ich leiste dir ein Factum, damit du mir ein anderes dagegen leistest; z. E. ich mache dir einen Appellationslibell, daß du mir ein Portrait dafür mahlest.

Die Anmerkung sagt: alle contractus formularii und consensuales sind benamt; das ist, jeder producirt seine eigene und von ihm benannte Klage. Der im neuen Römischen Recht noch beybehaltene einzige contractus formularius ist die Stipulation (tit. 16.); dieser aber producirt seine eigene Klage, actionem ex stipulatu. Die Consensualcontracte sind: emtio, locatio, societas, mandatum, emphyteusis. Auch von diesen hat jeder seine eigenthümliche und von ihm benannte Klage. Die emtio producirt actionem emti et venditi; die locatio, actionem locati et conducti; die societas, actionem pro socio; die emphyteusis, actionem emphyteuticariam. Nur die Realcontracte werden in benamte und unbenamte abgetheilt. Benamte sind mutuum, commodatum, depositum, pignus; alle andere Realcontracte sind unbenamte. Ich will dieses noch mehr im 763. §. aufklären.

(1) Namentlich kommt diese Eintheilung in unsern Gesetzbüchern nicht vor. Indessen, sagt Julian in der L. 3 de praescript. verb es gäbe Contracte, quorum appellationes nullo iure civili proditae sunt. In der L. 9. pr. de reb. cred. nennt Ulpian die benamten Contracte *certos*, die unbenamten *incertos*. Von den unbenamten ist es auch zu verstehen, wenn er in der L. 7. §. 2. de pact. sagt: sed et si in *alium contractum* res non transeat, subsit tamen causa, Aristo respondit, esse obligationem, d. i. wenn indessen die Convention kein benamter Contract ist, und doch einen rechtlichen Grund hat, zu dem Versprechen nemlich noch datio oder factum hinzugekommen ist: so ist sie verbindlich. Sammlung Römischer Gesetze S. 16.

(2) *Kemmerich* progr. de origine contractuum nominatorum et innominatorum. p. 12. sqq. — Gegen diese gewöhnliche Erklärung der benamten und unbenamten Contracte hat aber ein neuerer Rechtsgelehrte wichtige Einwürfe vorgetragen. Carl Reichhelm im Vers. eines Beweises, daß der Römer nur zwey Arten unbenannter Contracte kannte, do ut des, und do ut facias. Halle 1800. Er zeigt, daß benannte Contracte sich von unbenannten durch nichts anders unterscheiden, als daß erstere einen bestimmten Namen haben, wovon alsdann die gleichbenannte Klage eine Folge ist; leztere aber, ohne dergleichen eigene Benennung nur den allgemeinen Namen der Contracte führen, und daher durch Umschreibung oder nähere Angabe der dabey vorkommenden Leistung kennbarer zu machen sind. Dies ist vernünftig, und anders haben sich auch die Römischen Rechtsgelehrten die Sache nicht gedacht. L. 7. D. de pact. L. 2. 3. D. de praescript. verb. etc. — Mehr hievon §. 802. W.

§. 750. Die Contracte sind entweder einseitig oder zweyseitig.

In einigen Contracten ist jeder der Contrahenten verbunden, etwas zu

leisten, zu geben oder zu thun; der Eine verspricht, der Andere acceptirt, der Andere verspricht ebenfalls, und der Erste acceptirt es; in andern Contracten aber ist nur der eine Theil zu einer Prästation verpflichtet, der Andere nicht. Diese heißen einseitige (*unilaterales* oder *simplices*); jene zweyseitige (*bilaterales* oder *duplices* oder *reciproci*) (*1). Unilaterales sind das Darlehn, die Stipulation, die Bürgschaft, der Literalcontract, und die unbenamten Contracte. Wenn ich einem ein Darlehn gebe, so ist er mir zur Restitution verbunden, ich zu nichts. Die Stipulation ist ebenfalls einseitig: ich verspreche dem Andern etwas durch Frage und Antwort, er mir nichts. Der Bürge verspricht für den Gläubiger zu haften, ihm wird im Bürgschaftscontract nichts versprochen (§. 805.). Im Literalcontract wird allein der Aussteller der Handschrift verbunden, der Gegentheil nicht. In den unbenamten Realcontracten gebe oder thue ich dem Andern etwas, und er verspricht mir dagegen etwas zu geben oder zu thun. Also er allein verspricht etwas (*2).

Die Bilateralcontracte sind entweder *aequales* oder *inaequales* (*3). Wenn jeder Contrahent gleich anfangs aus dem Contract verbunden wird, so heißt er *bilateralis aequalis*; wenn hingegen nur der Eine von Anfang, der Andere erst nachher, zuweilen und zufälliger Weise verbunden wird, so heißt er *bilateralis inaequalis*. Z. E. wenn ich einen Kauf schließe, so werde ich gleich anfangs verbunden, den Kaufschilling zu bezahlen, und der Verkäufer wird gleich anfangs verpflichtet, mir die Waare zu tradiren. Also der Kauf ist ein contractus bilateralis aequalis. Wenn ich hingegen eine Sache bey jemand deponire, so ist er gleich von Anfang verbunden, mir die Sache wieder zu restituiren, sobald ich sie verlange; ich bin anfänglich zu nichts verpflichtet. Erst in der Folge kann ich durch zufällige Umstände eine Verpflichtung bekommen. Wenn nemlich der Depositar Kosten oder Schaden von dem Depositum hat, so bin ich verbunden, sie ihm zu ersetzen; das depositum ist also ein contractus bilateralis inaequalis.

Die Unilateralcontracte bringen daher nur eine einzige Klage hervor; das mutuum die condictionem certi ex mutuo; die Stipulation actionem ex stipulatu; die litterarum obligatio condictionem ex chirographo; die unbenamten Contracte actionem praescriptis verbis. Die bilaterales produciren zwey Klagen, und zwar mit dem Unterschiede: aus den bilateralibus aequalibus entstehen zwey *directae* actiones; aus den bilateralibus inaequalibus entsteht eine *actio directa* und eine *contraria*. Z. E. aus dem Kaufcontract entsteht actio emti und actio venditi, beyde sind actiones directae. Hingegen aus dem deposito entstehen zwar auch zwey Klagen, aber nur die Eine ist eine actio directa, die andere ist contraria.

Eine Klage nemlich, welche gleich anfangs aus dem Wesen eines Con-

[illegible] entspringt, heißt directa; eine solche aber, die erst nachher zufälliger Weise daraus entsteht, heißt contraria. Da nun in den contractibus bilateralibus aequalibus beyde Theile gleich anfangs verbunden werden, so müssen auch zwey actiones directae aus diesen Contracten entstehen. Hingegen aus einem contractu bilaterali inaequali wird nur der Eine Theil von Anfang verbunden; der Andere zuweilen in der Folge, zufälliger Weise. Daher entsteht aus diesen Contracten nur eine actio directa, und zuweilen noch eine contraria.

Von den actionibus contrariis gilt der allgemeine Satz: sie zwecken sämmtlich auf eine Schadloshaltung ab. Z. E. wenn der depositarius bey dem deposito, der commodatarius bey dem commodato, der Pfandgläubiger bey dem Pfand Auslagen, Kosten, Schaden gehabt haben: so stellen sie actionem depositi, commodati, pignoratitiam contrariam an.

(1) *Freher* parerg. lib. 1. cap. 16. in *Otton.* thesaur. tom. 1. pag. 882. und *Gottfr. Bahrt* diss. de negatione contractuum unilateralium, in diss. iuridicis p. 623. sqq. verwerfen diese Eintheilung und behaupten, daß alle Contracte bilateral seyen, allein ohne Grund. Ihre Argumente sind schwach und sophistisch. Uebrigens ist der ganze Streit ohne practischen Nutzen.

(2) Mit dieser Distinction ist nicht die andere zu verwirren, die ich oben §. 732. vorgetragen habe, die Eintheilung der Conventionen in gratuitas und onerosas. Auch die Contracte sind entweder gratuiti oder onerosi.

(3) Obgleich alle diese Benennungen contractus unilateralis, bilateralis, aequalis, inaequalis bey den classischen Juristen nicht vorkommen, so ist doch die Sache selbst in ihrem System gegründet. — Nur gegen die Eintheilung der zweyseitigen Verträge in gleiche und ungleiche, läßt sich Folgendes mit Recht erinnern. Bilateralcontracte sind überhaupt diejenigen die auf beyden Seiten, Unilateralcontracte hingegen, die nur in Ansehung eines der Paciscenten eine Hauptverbindlichkeit hervorbringen, d. i. diejenige Verbindlichkeit, welche sogleich durch den Contract entsteht, und Zweck desselben ist. Hieraus ergiebt sich von selbst, daß diejenigen Contracte, welche als biliterales inaequales hier vorkommen, in der That nichts anders als Unilateralcontracte sind, da durch den Contract an sich, sobald dieser zu seiner Vollkommenheit gelangt ist, und principaliter nur Ein Contrahent verpflichtet wird, die Verbindlichkeit hingegen, welche nur zufällig den andern Theil treffen kann, eben weil sie blos zufällig ist, bey der Bestimmung des Begriffs nicht in Betrachtung kommen darf. W.

§. 751. Ferner entweder stricti iuris oder bonae fidei.

Ein contractus stricti iuris heißt der, in welchem die Contrahenten bloß dazu verbunden sind, was sie einander ausdrücklich und wörtlich versprochen haben; bonae fidei contractus hingegen sind die, wo ein Contrahent auch dazu verbunden ist, was er nicht ausdrücklich versprochen, was man im Contract anzuführen unterlassen hat, weil es sonst gewöhnlich in dieser Art von Contracten prästirt wird, und man daher die Anführung für überflüssig hält. Stricti

iuris Contracte waren nur diejenigen, welche durch eine Formel, durch feyerliche Worte geschlossen wurden, contractus bonae fidei aber alle andere. Daher waren die stipulatio und literarum obligatio contractus stricti iuris; denn beyde wurden durch Formeln eingegangen. Hingegen das mutuum, wenigstens nach der richtigern Meynung (*1), commodatum depositum, pignus, emtio, locatio, mandatum, societas, waren contractus bonae fidei. Denn keiner dieser Contracte wurde durch feyerliche Worte geschlossen.

Die Distinction zwischen stricti iuris und bonae fidei Contracten, war übrigens sehr wichtig und folgenreich. Denn 1) war man in den stricti iuris Contracten keine Zinsen zu zahlen schuldig, außer wenn man dergleichen ausdrücklich versprochen hatte; in den bonae fidei Contracten hingegen mußte man Zinsen bezahlen, sobald man in mora war (§. 755.). 2) Die contractus stricti iuris sind gültig, wenn gleich ein Contrahent den andern dazu betrüglich verleitet hat; und wenn der Betrogene den Contract nicht halten will, so muß er restitutionem in integrum dagegen suchen. Hingegen die contractus bonae fidei sind nichtig, wenn ich durch Betrug dazu bin verleitet worden (§. 1007.). 3) Wenn mir mein Gläubiger etwas durch einen bonae fidei Contract schuldig wurde, so hob sich die wechselsweise Schuld ipso iure. Hingegen in den stricti iuris Contracten geschah dieses nicht. Wenn der Gläubiger aus seiner Forderung klagte, mußte ich ihn erst mit der exceptione doli abweisen. Diesen Unterschied hat übrigens Justinian aufgehoben.

Nach Justinianeischem Recht giebt es nur einen einzigen stricti iuris Contract, die Stipulation; und da wir heutigestages keine Stipulationen haben, auch überhaupt unsre Richter nicht so streng an die Worte eines Vertrages, wie ein Römischer iudex pedaneus, gebunden sind: so sind bey uns alle Contracte bonae fidei, es giebt keine contractus stricti iuris mehr (*2).

(1) *Iust. Henn. Boehmer* diss. de fundamento usurarum pecuniae mutuaticiae, §. 8. in exerc. ad Pand. vol. 4. p. 101. sqq. *Ayrer* diss. de arbitrio iudicis circa usuras pecuniae mutuaticiae, §. 16. Meiers Gedanken von der Rechtmäßigkeit des sechsten Zinsthalers, S. 124.

(2) Glück über Hellfeld Th. 4. §. 296. Anderer Meynung sind *Cocceii* iur. contr. lib. 4. Tit. 3. Qu. 2. in fin. *Pufendorf* Tom. 2. obs. 73. p. 276. sqq. S. auch unten §. 1135. Uebrigens läugne ich nicht, daß auch in Deutschland bey einigen Verträgen die stricte, bey andern eine mehr ausdehnende laxere Erklärung Statt findet. Unentgeltliche Verträge (§. 732.) z. B. Schenkungen und Bürgschaften sind immer streng nach den Worten zu nehmen, nicht so die onerosen Verträge (§. 343.).

§. 752. Die Contracte sind entweder principale oder accessorische.

Wenn ein Contract voraussetzt, daß schon eine Verbindlichkeit vorhanden sey, und zur Verstärkung derselben eingegangen wird: so heißt er contractus

accessorius, jeder andere aber heißt principalis. Das Römische Recht hat zwey accessorische Contracte, den Pfandcontract und die Bürgschaft. Beyde supponiren, daß mir jemand zu etwas verbunden ist; um diese Forderung zu sichern, lasse ich mir ein Pfand geben, oder einen Bürgen bestellen (*).

(*) Von den accessorischen Verträgen nach Deutschen Rechten s. Runde Grundf. d. deutschen Privatrechts §. 218. 2c.

§. 753. Lehre vom Schaden.

Sehr oft geben die Contracte Gelegenheit, daß Jemand auf Schadensersetzung klagt; daher wird hier die Lehre vom Schaden und seinen verschiedenen Gattungen vorgetragen. Auch durch *delicta* und *quasidelicta* wird einem Schaden gethan, nicht bloß in Contracten; weil aber die Materie von den einzelnen Contracten nicht wohl deutlich gemacht werden kann, ehe man weiß, was und wie vielerley der Schaden ist, so wird die Sache hier abgehandelt (*).

(*) Zur weitern Nachlese über diese Lehre ist zu bemerken: *Chr. G. Wehrn* doctrina iuris explicatrix principior. et causar. damni, habita doli mali, culpae, morae, eiusque quod interest ratione, praestandi. Lips. 1795.

§. 754. Was ist der Schade und wie vielerley?

Schade, *damnum* ist der Verlust eines Gutes, eines Vortheils, einer Vollkommenheit. So vielerley also die Güter sind, die man verlieren kann, so vielerley ist der Schaden, in Rücksicht auf den Gegenstand (S. die 51. Tabelle). Man kann Schaden leiden an seiner Gesundheit, seinem guten Namen, seinem Vermögen u. s. w. Ist das Gut, welches ich verliere, schon wirklich mein, und in meinem Besitz gewesen, so heißt der Schade *damnum positivum s. emergens*. Wenn ich hingegen einen Vortheil erst zu erhalten hoffte, und mir diese Hoffnung vereitelt wird; so heißt es *damnum privativum* oder *lucrum cessans*. Z. E. wer mir etwas vom Meinigen stiehlt, fügt mir einen positiven Schaden zu; wer aber einen Testator beredet, mich nicht zum Erben einzusetzen, der schadet mir privative (*¹).

In Absicht der wirkenden Ursache wird mir der Schade entweder durch die freye Handlung des Andern zugefügt oder nicht. Im letztern Falle heißt er ein zufälliger Schade, *damnum casuale* (*²). Dergleichen ist z. E. der Schade, der mir durch ein Gewitter, durch Hagel, durch Ueberschwemmung zugefügt wird. Im ersten Falle ist die Handlung des Andern entweder gerecht oder ungerecht (§. 27.). Ist sie gerecht, so heißt der Schade *damnum indirectum, damnum in consequentiam veniens*; oder besser: ein erlaubter Schaden. Z. E. wenn mir ein Nachbar durch einen aufgeführten Bau meine Fenster verdunkelt, so ist diese Handlung, wofern ich kein Fensterrecht habe, erlaubt. Der Schade also, der mir zugefügt wird, ist ein erlaubter. Ist mir hingegen der Schade durch eine ungerechte Handlung zugefügt, so ist es *damnum*

directum, besser: unerlaubter Schaden. Auf den erlaubten Schaden bezieht sich die Regel: qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam (*3).

Die ungerechte Handlung geschieht entweder in der Absicht, mir zu schaden, oder aus Nachläßigkeit, Unvorsichtigkeit. Ist jenes, so heißt es damnum *dolosum*; ist dieses, so ist es damnum *culposum*.

Also *dolus* im Allgemeinen ist der Vorsatz einem zu schaden (*4); *culpa* die Unterlassung der gebührenden Aufmerksamkeit; *casus* eine Begebenheit, die man nicht abwenden kann (*5). Dieser ist entweder *merus* oder *mixtus*. Casus mixtus heißt der, mit welchem eine Nachläßigkeit verbunden ist; merus, bey welchem dergleichen nicht ist. Wenn man nemlich die Folgen des casus, den dadurch verursachten Schaden durch menschliche Klugheit und Kräfte hätte abwenden können, und es unterläßt, so heißt er casus mixtus. Z. E. wenn vor funfzig Jahren das Gewitter einschlug, und ein Haus anzündete: so war es ein casus merus. Wenn dieß aber heutigestags geschieht, so ists ein casus mixtus, denn es ist Nachläßigkeit, daß man keinen Gewitterableiter angebracht hat. Man kann nicht verhindern, daß der Blitzstrahl auf das Gebäude fällt, dieß ist casus. Man kann ihn aber durch den Ableiter so lenken, daß er dem Gebäude keinen Schaden thut. Unterläßt man es, so ist man in culpa (*6).

(1) *Paul Wilh. Schmidt* diss. de lucro cessante et damno emergente, §. 4. sqq. — Preuß. Landrecht I. 6. 1. ꝛc.

(2) Den Begriff des casus fortuiti bestimmt näher *Averan.* interpret. lib. 2. cap. 26. Eine sehr schätzbare Abhandlung ist: *Io. Christ. Brandenburg* diss. de damno casuali eiusque praestatione. Goett. 1793. 4.

(3) *Sam. Stryk* diss. de damno rebus alienis licite illato. Opp. Vol. 5. num. 5. Wenn Jemand gegen mich auf Ersetzung eines Schadens klagt, so ist es nicht genug zu beweisen, daß ich diesen Schaden veranlaßt habe; er muß auch zeigen, daß ich ihn durch eine unerlaubte Handlung veranlaßte. Man s. *Püttmann* miscellan. cap. 31.

(4) Im 1007. §. will ich diesen Begriff noch weiter entwickeln.

(5) In den Gesetzen heißt der casus auch *fatum*, *fortuna*, *casus major*, *vis major*. Ulpian L. 52. §. 3. D. pro soc. sagt, damna fatalia sunt, quae *imprudentibus* accidunt. Man hat diese Worte auf mancherley Art emendiren wollen, aber ohne Noth. Imprudens heißt non potens providere. *Averan.* interpret. lib. 2. cap. 26. *Marckart* probabil. recept. lect. part. 2. pag. 89. *Hamberger* opusc. p. 106. sqq. *Koehler* interpret. et emendat. lib. 1. cap. 5. pag. 50.

(6) Wenigstens in dem Fall, wenn der Blitz schon einigemal in der Gegend eingeschlagen hat. Graß Grundsätze der Blitzableitung. Leipz. 1796. — Vergl. jedoch *Chr. Fr. Reimkasten* Diss. physico-iuridica de iure conductorum fulminis. Ien. 1797. welcher die Behauptung des Verfassers bestreitet. W.

§. 755. Was ist die mora?

Zuweilen geschieht mir auch Schaden durch die mora eines Andern. Nemlich Saumseligkeit, Verzug, Zögerung, *mora*, *frustratio*, *cessatio*, *dilatio*, ist

ist der straffällige Aufschub einer Handlung, zu der ich verbunden bin. Wenn ich z. E. auf die Ostermesse 1783. die Summe von 1000 Thaler bezahlen soll, und es ohne hinlängliche Ursachen unterlasse, so bin ich straffällig, so bin ich in mora. Die mora hat entweder ihren Grund in dem bösen Willen des Saumseligen, er will nicht zu rechter Zeit thun, was er thun sollte; oder in einer Nachläßigkeit, er vergißt es zu thun. Wo keins von beyden Statt findet, z. E. wenn der Richter auf das Geld, welches ich schuldig bin, einen Arrest legt (*1), da ist auch keine mora.

Sie ist entweder *mora praestandi s. solvendi* oder *mora accipiendi*. S. die 52. Tabelle. Wenn der Schuldner nicht zur rechten Zeit giebt oder thut, was er geben oder thun sollte: so ist es mora solvendi. Wenn hingegen der Gläubiger nicht annimmt, was ihm der Schuldner zu leisten bereit ist: so heißt es mora accipiendi.

Die mora solvendi fängt an, wenn das Gesetz, oder der Tag, oder der Gläubiger den Schuldner interpellirt; das heißt, wenn das Gesetz eine Zahlungsfrist bestimmt, so ist der Schuldner in mora, sobald diese Frist ohne Zahlung verstrichen ist; z. E. wenn das Gesetz sagt: ein Studirender, der sich zu einer academischen Lehrstunde aufschreibt, soll binnen vier Wochen nach dem Anfang des Collegiums pränumeriren, so ist jeder in mora, der binnen dieser Frist nicht bezahlt. Ist in dem Vertrag ein Zahlungstermin festgesetzt, so fängt die mora an, wenn dieser Termin verflossen ist, ohne daß der Gläubiger den Schuldner zu mahnen nöthig hat (dies interpellat pro homine) (*2). Ist endlich weder im Gesetz noch im Vertrag eine solche Frist festgesetzt, so fängt die mora nicht eher an, als bis der Gläubiger den Schuldner mahnt (debitor interpellandus est).

Die mora des Gläubigers fängt, im Fall er eine unbewegliche Sache zu fordern hat, an, wenn der Schuldner dem Gläubiger mit Worten mündlich oder schriftlich bekannt macht, daß er zur Uebergabe der Sache bereit sey, und sie alsdann derelinquiret. Bin ich hingegen eine bewegliche Sache schuldig, so fängt sich erst die mora alsdann an, wenn ich die Sache wirklich zu dem Gläubiger bringe, oder bringen lasse, um sie zu tradiren; er die Annahme verweigert, und ich sie alsdann im Gericht oder an einem andern sichern Ort deponire (§. 983.).

(1) *Pufendorf* tom. 3. obs. 170.

(2) Wenn ein Tag blos für den Anfang der Verbindlichkeit, nicht zur Zahlung bestimmt ist, so fängt mit Ablauf dieses Tages die mora nicht sogleich an; z. B. es hieße: ich verspreche dir von deinem vierzehenten Jahre an, jährlich 100 Thlr. Auch wenn ich etwas unter einer Bedingung versprochen habe, und diese existirt, so komme ich darum nicht sogleich in moram. *Schulting* thes. controv. dec 95. th. 4.

§. 756. Wann wird dolus und culpa prästirt?

Dolum prästiren heißt einem den Schaden ersetzen, den man ihm vorsetzlich zugefügt hat; und *culpam* prästiren, den Schaden, welchen man aus Nachläßigkeit verursacht hat, vergüten. Wenn die Frage entsteht, in wie weit dolus und culpa zu prästiren sind: so hat man folgende Regeln zu bemerken: 1) dolus wird in allen Contracten prästirt. Jeden Schaden, den ein Contrahent dem Andern vorsetzlich zufügt, muß er ersetzen. Kann aber dieß nicht durch einen ausdrücklichen Vertrag abgeändert werden? Man distinguire: wenn mich einer betrogen hat, ich ihm erkläre, daß ich keine Schadensersetzung fordern würde, und er diese Erklärung acceptirt: so ist der Vertrag gültig (de dolo praeterito pactio valet (*1). Wenn ich hingegen mit einem das pactum schließen wollte, daß er mich oder ich ihn in Zukunft ungestraft solle betrügen dürfen: so würde es ungültig seyn; denn es wäre ein schändliches Pactum (de dolo futuro pacisci non licet). 2) In einigen Contracten zieht der dolus die Strafe der Ehrlosigkeit nach sich. Dieß geschieht in den vier sogenannten Freundscontracten (*contractibus amicorum*); in dem deposito, der Societät, dem mandato und der Tutel. Man schließt diese Contracte nur mit solchen Personen, welche man für ehrlich und für seine Freunde hält. Ein solches Zutrauen aber zu täuschen, halten die Gesetzgeber für äußerst schändlich, und setzen deswegen die besagte Strafe darauf (*2).

Viele Rechtsgelehrte behaupten, daß auch die äußerste Nachläßigkeit in diesen Contracten die Strafe der Infamie nach sich ziehe (*3). Andere aber behaupten mit besserm Grunde, daß, wo die Rede von einer Strafe sey, dolus und culpa lata nicht einerley Wirkungen haben; folglich auch culpa lata die Strafe der Infamie nicht verdient (*4).

Die Note des §. sagt: in deposito wird nur der depositarius, nicht der deponens um eines Betrugs willen infam. Denn man giebt nur dem ein depositum, auf den man ein vorzügliches Vertrauen setzt. Aber man nimmt deposita von Leuten, ohne daß man gerade ein besonderes Vertrauen gegen sie hegt. Also nur der Depositar täuscht durch Betrug ein in ihn gesetztes Vertrauen, nicht der deponens. In der Tutel wird nur der Vormund ehrlos, wenn er betrüglich handelt; der Pupill, wenn er gleich auf diese Weise handelt, nicht. Die Ursache ist die eben angeführte. Man giebt einem die Vormundschaft, weil man zu seiner Rechtschaffenheit ein besonderes Zutrauen hat; man wird aber darum nicht Vormund über einen Pupillen, weil man ein solches Vertrauen auf ihn setzt. Also nur auf Seiten des Vormundes ist der dolus ein Mißbrauch des Zutrauens, nicht auf Seiten des Pflegbefohlenen.

3) Nicht in allen Fällen wird einerley Versehen prästiret; in aliis contractibus *venit* culpa lata, in aliis levis etc. oder alii contractus *recipiunt* cul-

pam latam, alii levem u. s. w. wie die Römischen Juristen sagen; zuweilen muß man schon für eine geringe Nachläßigkeit haften, zuweilen aber ersetzt man nur den Schaden, welchen man dem Andern durch große Nachläßigkeit zugefügt hat.

(1) *Müller* ad *Leyser* obs. 858.

(2) Einige schöne hieher gehörige Stellen s. in *Cic.* orat. pro Rosc. Amer. cap. 38. 40.

(3) Z. E. wenigstens in dreyen, der Societät, der Tutel und dem mandato. *Cuiac.* different. Modestin. lib. 2. ad L. 22. depos. Opp. post. Vol. 2. Part. 2. pag. 10. sqq. *Donell.* comment. lib. 18. cap. 8. pag. 161. *Perez* ad Cod. tit. ex quib. caus. infam. num 5. *Bachov* ad *Wesenbec.* tit. de his qui not. inf. n. 4. *Voet.* ad Pand. tit. eod. n. 4. *Cocceii* iur. controv. eod. tit. qu. 2. et 4.

(4) Die Gesetze sagen zwar: culpa lata ad dolum accedit L. 29. pr. D. mand. L. 7. §. 1. D. de susp. tut. sie wird dem dolo gleichgeschätzt, L. 226. D. de verb. signif. L. 1. §. 1. D. si mens. fals. mod. dix. Wenn aber die Rede von einer Strafe ist, so unterscheiden sie dolum und culpam. L. 7. D. ad L. cornel. §. 6. I. de susp. tut. L. 42. D. de poen. *Merill.* lib. sing. diff. iur. cap. 12. *Schulting* thes. controv. dec. 9. th. 9. et dec. 49. th. 3 sqq. *Struv.* Ex. 7. th. 18. ibique *Müller*. *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de his qui not. inf. §. 8. *Hahn* ad *Wesenbec.* ibid. num. 3.

§. 757. 758. Grade der Nachläßigkeit.

Die culpa nemlich ist entweder *lata*, oder *levis*, oder *levissima*, **grobes**, oder **mäßiges**, oder **geringes Versehen** (*1). **Heineccius** theilt, um diese Grade zu erklären, die Menschen nach ihren verschiedenen Sitten in drey Classen ein, und bringt gar schöne poetische Phraseologien dabey an. Ich glaube, daß dieß ganz unnöthig ist, und daß man mit Andern die Sache viel kürzer also vorstellen kann. Eine außerordentlich große Nachläßigkeit, welche nur die unbesonnensten Menschen zu begehen fähig sind, heißt ein **grobes Versehen**, *culpa lata*. Eine minder große Fahrläßigkeit, wenn nemlich Jemand die Attention unterläßt, welche ordentliche Menschen gewöhnlich anwenden, heißt ein **mäßiges Versehen**, *culpa levis*; und das allergeringste Versehen *culpa levissima*. Also diese letzte Art von culpa ist allemal vorhanden, wenn der Schade nicht durch einen unvermeidlichen Unglücksfall geschehen, wenn es durch menschliche Klugheit nur einigermaßen möglich gewesen ist, ihn abzuwenden (*2). Wer z. E. im Wirthshause aus seinem Zimmer geht, und die Thüre nicht verschließt; wer mit einem brennenden unverwahrten Licht auf einen Heuboden geht; wer ein Faß mit Schießpulver nahe an ein Camin stellt; wer ein kleines Kind allein auf ein wildes Pferd setzt u. dgl., der begeht culpam latam. Wenn ich in meinem eigenen Hause, worin niemand als ich mit meiner Familie wohne, mein Wohnzimmer nicht verschließe; wenn ich mit einer nicht aufs beste verwahrten Laterne den Heuboden besteige: so ist es culpa levis. Auch

war es offenbar eine culpa von diesem Grade, wo nicht lata; als einer auf der Jagd bey hellem Tage nahe an einem Dorfe eine Bewegung in einem Busche sah, ohne zu untersuchen, was es wäre, darauf schoß, und ein Kind gefährlich verwundete. Verschließe ich eine Thür, schiebe aber nicht zugleich den Nachtriegel vor; gehe ich ohne die höchste Noth auch mit der verwahrtesten Laterne auf einen Heuboden, oder an einen Ort, wo Schießpulver steht, und es entsteht Schaden daraus: so bin ich nur in culpa levissima.

Dieß ist die gemeine, und, wie ich glaube, auch gesetzmäßige Lehre von den Graden der Nachläßigkeit. Indessen giebt es auch hier Heterodoxen, deren einige (*3) den Unterschied zwischen der culpa levi und levissima verwerfen, Andere (*4) zwischen culpa lata, latiori und latissima, noch Andere (*5) zwischen culpa und negligentia, oder zwischen culpa versutiae und culpa negligentiae distinguirt wissen wollen (*6).

Man theilt die culpam levem ein, in culpam levem *in abstracto* und *in concreto* (*7). Nemlich culpa levis in abstracto ist die vorhin beschriebene. Wenn ich hingegen die Aufmerksamkeit unterlasse, welche ich sonst gewöhnlich anwende: so heißt es culpa levis in concreto. Bin ich also gewöhnlich in hohem Grade nachläßig, so kann etwas bey mir culpa levis in concreto seyn, was bey Andern culpa lata wäre. Hingegen kann bey einem sonst sehr ordentlichen behutsamen Menschen etwas culpa levis in concreto seyn, was bey Andern nur culpa levissima wäre. Culpa levis in concreto wird in der Societät und communione incidente (§. 910.), deßgleichen von dem Ehemanne in Ansehung des Heyrathsguts geleistet (*8).

(1) L. 5. §. 2. D. commod. L. 23. D. de R. I. L. 47. §. 5. de legat. I. L. 19. C. de pignor. Daß die Gesetzgeber drey Grade unterschieden, war sehr vernünftig, denn, wie *Otto* diss. de praestat. cas. solit. etc. cap. 1. §. 11. sagt: omnium rerum, quae gradus habent, quos iuxta ἀκρίβειαν mathematicam dimetiri non licet, tres gradus constituendi sunt, duo extremi et tertius, qui inter utrumque sit; sin plures facias, difficultates erunt infinitae, nec ubi alter incipiat, alter desinat, definire licebit. Uebrigens macht *Titius* ad *Lauterbach* obs. 102. eine sehr treffende Anmerkung, zwar nur in Ansehung der negotiorum gestionis, die aber allgemein anwendbar ist: haec res (de culpae gradu) magis in scholis quam in foro auditur; cum in vita civili plerumque non tam de *gradu* culpae, quam eius *existentia*, seu an in universum aliqua culpa commissa sit, quaeri soleat. Ich erinnere mich (im J. 1797) nicht, daß während meiner sechs und dreyßig jährigen Praxis mir ein einziger Fall vorgekommen wäre, wo die Partheyen über den Grad der culpae gestritten hätten.

(2) Strube rechtl. Bed. 5. Theil. 83. S.

(3) *Donell.* commentar. iur. civ. lib. 16. cap. 7. *Struv.* Ex. 19. th. 41. et in decis. Sabbath. cap. 5. 7. 8. 11. 12. 17. nec non in diss. de dolo, culpa et casu, th. 44. doch geht Struv nicht so weit als Donellus. Denn dieser

glaubt, daß culpa levis und levissima blos den Worten nach verschieden seyen; Struv aber behauptet nur, daß in allen Fällen, wo die Gesetze sagten, daß culpa levis zu leisten sey, auch levissima geleistet werden müsse. Auch *Chesius* interpret. iur. lib. 1. cap. 45. ap. *Heinecc.* p. 226. verwirft die culpam levissimam gänzlich.

(4) *Bartolus* ad L. 32 D. depos. Man s. *Schulting* thes. controv. dec. 49. th 7.

(5) *Henr. Coccei* in collationibus iurid. ad *Struvium* collat. 10. et in hypomnem. ad instit. h. t. n. 10.

(6) Nothwendig muß man hierbey wissen, daß die Römischen Juristen nicht immer die Namen culpa lata, levis und levissima, sondern oft auch andere brauchen; daß sie sich auch oft unbestimmt ausdrucken, und endlich auch in ihrem Redegebrauch nicht übereinstimmend sind. Wo culpa allein steht, da ist zuweilen jede Gattung gemeynt, §. 6. I. de susp. tut. (§. 254.) L. 30. §. 3. in fin. ad L. Aquil. meistens *levis*, L. 5. §. 2. commod. L. 23. de R. I. zuweilen *levissima*. L. 16. de condict. furt. L. 8. §. 3. de precar. Culpa *lata* wird auch *latior*, L. 32. D. depos. *magna*, L. 1. §. 5. de O. et A. *gravior*, L. 54. §. 2. de A. R. D. genannt. Anstatt *culpam levissimam praestare*, sagen sie oft, *diligentiam* oder auch *custodiam praestare*. L. 5. §. 2. D. commod. L. 13. §. 1. D. de pignor. act. L 47. §. pen. de legat. 1. Doch bedeuten diese Redensarten auch in einigen Stellen die Leistung der culpae *levis*, L. 5. §. ult. D. commod. §. 2. et ult. I. quib. mod. re contrah. oblig. §. 5. I. de loc. conduct. und in andern wird custodia blos dem *dolo* entgegengesetzt. L. 10. §. 1. D. commod. §. ult. I. de oblig ex delict. *Schulting* l. c. th. 8.

(7) Diese Distinction erhellet aus der L. 25. §. 16. D. famil. hercisc. L. 72. D. pro soc. und besonders aus der L. 17. D. de iur. dot. wo es heißt: in rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam *culpam* (nemlich levem), quia sua causa dotem accipit; *sed etiam diligentiam* praestabit, *quam in suis rebus exhibet*. Ich sehe also nicht, wie man mit *Struv.* in decis. Sabb. cap. 11. decis. ult. und *Iac. Gothofred* ad L. 23. de reg. iur. p. m. 799. dieselbe verwerfen kann. *Rung* in diss. legale fundamentum culpae in abstracto et concreto, (Goett. 1751.) erschöpft die Materie gar nicht.

(8) Lit. 17. cit. de iur. dot. *G. Beyer* diss. ad L. 66. solut. matrim. cap. 2. §. 33. in opusc. p. 55.

§ 759. Regeln von der Prästation der culpae.

In welchen Fällen aber wird denn nun culpa lata, in welchen levis, in welchen levissima geleistet? Eine intricate Frage (*1)! Weil, wie gesagt, die Römischen Juristen sich auf so verschiedene Art, und oft so unbestimmt ausdrucken, auch unter sich selbst nicht einig sind. Stryk (*2) will daher die ganze Sache dem Ermessen des Richters heimgestellt haben. Dieß geht aber, da wir gesetzliche Vorschriften in dieser Materie haben, nicht an. Freylich bleibt immer dem Ermessen des Richters viel überlassen, weil man keinen genauen Maaßstab für die Grade der Nachläßigkeit hat: allein darum hängt doch nicht alles vom richterlichen Gutdünken ab. Folgende Regeln sind wohl die richtigsten und brauchbarsten (S. die 53. Tabelle).

Wenn culpa außer einem Contract vorkommt; das heißt, wenn Jemand, mit dem ich in keinem Contract stehe, mir durch Nachläßigkeit Schaden thut: so muß er mir denselben ersetzen, die culpa mag nun lata, levis oder levissima seyn. Daher muß der Erbe dem Legatar culpam levissimam leisten (§. 567.). Wenn mir jemand durch ein Delict oder Quasidelict Schaden thut, z. E. mir meine Fenster einwirft, mein Vieh todt schlägt, todt schießt, verwundet rc.; so muß er mich entschädigen, wenn er auch nur das mindeste Versehen begangen hat (*3). Doch ist die Anmerkung vom bonae fidei Besitzer nicht zu vergessen, die oben §. 283. Num. 6. stand. Auch haben wir (§. 373.) gehört, daß der Usufructuar nur culpam levem leiste.

Wenn hingegen die Frage ist, welchen Grad der culpae ein Contrahent zu leisten habe, so muß man vor allen Dingen darauf sehen, ob etwas darüber ausgemacht worden ist. Denn es ist keinem Zweifel unterworfen, daß ein Contrahent, der nach den Gesetzen nur culpam latam zu leisten hätte, sich zur Leistung der levis, oder der, so nur levem zu prästiren hätte, sich zur Prästation der levissimae verbindlich machen kann.

Ist nichts ausgemacht, so bemerke man: 1) wo die Rede von Leistung eines *facti* ist, da muß einer culpam levem leisten (*4). Denn wer sich zu einem facto anheischig macht, der verspricht zugleich, daß er es auf die gehörige Art, ordentlich und fleißig, thun wolle. Hält er dieß stillschweigende Versprechen nicht, so muß er den Schaden ersetzen. Daher kommt es, daß der mandatarius (§. 826.), negotiorum gestor (§. 937.), und Vormund (§. 942.), culpam levem leisten müssen (*5).

2) Wenn ich etwas zu geben oder zu restituiren versprochen habe, so muß man zwey Fälle distinguiren. Der erste ist: ein Contrahent zieht allen Vortheil aus dem Contract; der Andere hat nichts als Nachtheil und Beschwerde davon. Der zweyte Fall: jeder Contrahent hat Nutzen, jeder aber auch Beschwerde dabey. Im ersten leistet der Contrahent, welchem allein der Contract nützlich ist, culpam levissimam, und der Andere culpam latam (*6). Hingegen im letzten Fall leisten beyde culpam levem. Z. E. wenn ich einen Kaufcontract schließe, so habe ich den Vortheil, daß ich Waare bekomme; aber die Beschwerde, daß ich mein Geld weggeben muß. Der Verkäufer hat den Nutzen, daß er Geld bekommt; hingegen die beschwerliche Verbindlichkeit, seine Sache aus den Händen zu geben. Also beyde Theile haben Nutzen und Beschwerde; beyde leisten also culpam levem. Eben so ist es im Miethcontract. Hingegen wenn ich einem eine Sache in depositum gebe, so habe ich den Vortheil, daß mir meine Sache verwahrt wird, und der depositarius nichts als die Last, daß er sie verwahren muß. Also der Nutzen ist allein auf meiner Seite. Deswegen muß ich auch culpam levissi-

mam, der depositarius nur latam leisten. Bey dem commodato hat der commodatarius allen Nutzen, der commodans keinen. Jener leistet daher culpam levissimam, dieser latam. Wenn ich mich für Jemand verbürge, so habe ich insgemein keinen Vortheil davon, wohl aber oft Schaden. Ich leiste ihm daher nur culpam latam (*7).

3) Wer sich zu einem Geschäft erbietet, dem man sonst vielmehr zu entgehen sucht, der muß culpam levissimam leisten. Also nicht jeder, welcher sich zu einem Geschäft erbietet, ist in dieser Regel begriffen. Z. E. der Käufer, der Verkäufer, der Miethsmann u. s. w. leisten darum keine culpam levissimam, weil sie sich zu dem Contract offerirt haben. Nur alsdann gilt jener Satz, wenn ich mich zu einem Geschäft offerire, welches lästig ist, wobey ich keinen Vortheil habe, oder haben soll, und das sonst Niemand gern übernimmt. Z. E. wenn ich mich offerire, von einem ein depositum zu nehmen (*8); wenn sich ein Vormund zur Tutel erbothen hat; wiewohl ich nicht glaube, daß sich heutigestages, da die Vormünder besoldet werden, dieser Satz vertheidigen lasse.

4) Wenn ein Geschäft seiner Natur nach die größte Aufmerksamkeit erfordert, so muß der, welcher es übernimmt, culpam levissimam leisten. Ein Pferdekauf z. B. erfordert eine ausnehmende Vorsicht. Wenn ich also einem den Auftrag gebe, für mich ein Pferd zu kaufen, so muß er die äusserste Vorsicht anwenden, und, wenn er es unterläßt, mir den daraus entstehenden Schaden ersetzen.

(1) *Donell.* l. c. gesteht, daß in dieser Materie unauflösliche Knoten seyen. *Thomasius* diss. de usu pract. doctrin. de culpar. praestat. in contract. cap. 1. §. 1. rechnet sie unter die drey allerschwersten im Römischen Recht. S. auch *Leyser* sp. 154 med. 1. Die classischen Stellen sind L. 5. §. 2. sqq. D. commodat. Nunc videndum est, *quid veniat in commodati actione*; utrum dolus, an et culpa? an vero et omne periculum? Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus; dolum in deposito, nam, quia nulla *utilitas* eius versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus; nisi forte et merces accessit; tunc enim (ut est et constitutum) etiam culpa exhibetur; aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam, et periculum praestet is, penes quem deponitur. Sed ubi utrinsque utilitas vertitur, ut in empto, (ut) in locato, (ut) in dote, (ut) in pignore, (ut) in societate, et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur; et ideo verior est Quinti (Mutii) sententia, existimantis, et culpam praestandam, et diligentiam. Und L. 23. D. de reg. iur. Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt; quidam et dolum, et culpam. Dolum tantum depositum et precarium; dolum et culpam, mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta (in his quidem et diligentiam), societas, et rerum communio, et dolum, et culpam recipit. Sed

haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus, vel minus, in singulis contractibus; nam hoc servabitur, quod initio convenit; legem enim contractus dedit; excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur; hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est; et ita utimur. Animalium vero casus, mortes, quaeque sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur. Ueber diese letzte Stelle haben viele Juristen, unter Andern *Contius*, *Rittershusius*, Arg. 1659 4. und *Prousteau*, bey *Meerm.* tom. 3. commentirt. Auch ist *d'Avezan* de contractibus lib. 1. cap. 26. sqq. bey *Meermann*, tom. 4 p. 54. sqq. *Reinold* diss. ad h. l. in opusc. p. 303. sqq. und vorzüglich *Iac. Gothofredus* ad tit. de reg. iur. in opusc. p. m. 790. zu empfehlen. Insonderheit über die Worte in his *quidem* et diligentiam s. *Marckart* probabil. recept. lect. part. 1. p. 90. und *Püttmann* probabil. lib. 1. cap. 9

(2) *Stryk* us. mod. tit. commod. §. 12.

(3) L. 44 D. de L. Aquilia, welche Stelle besonders deswegen merkwürdig ist, weil sie die einzige im ganzen corp. iur. ist, wo der Ausdruck culpa levissima vorkommt.

(4) Hier kommt also nichts darauf an, ob einer das Factum umsonst thut, oder ob er dafür bezahlt wird.

(5) Eine Ausnahme macht das Römische Recht bey den Feldmessern. Denn sie leisten, wenn sie falsch messen, nur culpam latam L. 1. §. 1. D. si mensor. fals. mod. dix. Die Ursache will Ulpian in der angeführten Stelle erklären. Er sagt, man habe mit dem Feldmesser keinen Miethcontract, er leiste seinen Dienst beneficii loco, sey nicht civiliter obligatus. Wenn er aber auch mercedem bekomme, so leiste er doch nur culpam latam, propter verba edicti, weil der Prätor allgemein rede. Ich muß aber gestehen, daß mir diese Erklärung nicht gut zusammen zu hängen scheint.

(6) Das precarium ist von dieser Regel ausgenommen (§. 771.).

(7) L. 29. pr. D. mandat.

(8) Doch s. man §. 784.

§. 760. Von den Wirkungen der morae.

Die mora des Schuldners (*mora solvendi*) hat folgende Wirkungen: 1) daß der Schuldner die Gefahr der Sache tragen muß; das h. ißt, wenn ich eine Sache zu leisten schuldig bin, und sie nicht zu rechter Zeit tradire, nun aber die Sache durch einen Zufall zu Grunde geht: so muß ich den Schaden ersetzen (mora in morosum omne transfert periculum). Doch ist diese Regel dahin einzuschränken: wenn die mora mit Schuld daran war, daß die Sache zu Grund gegangen ist (si mora nocua est). Ist die mora unschädlich, das heißt, die Sache würde dennoch zu Grunde gegangen seyn, wenn sie gleich der Schuldner zu rechter Zeit tradirt hätte: so ersetzt er den Schaden nicht (*1). Z. E. wenn ich einem eine Bibliothek heute, den 1. März tradiren soll, es aber unterlasse, und morgen in meinem Hause Feuer auskommt, das die Bibliothek verzehrt: so muß ich den Schaden ersetzen; denn die mora ist schädlich

schädlich (nocua). Hätte ich die Bibliothek tradirt, so würde sie nicht verbrannt seyn. Man nehme aber an, daß nicht nur mein, sondern auch des Andern Haus, in welchem die Bibliothek hat sollen aufgestellt werden, abbrenne. Jetzt ist die mora unschädlich (innocua). Wenn ich gleich die Bibliothek am 1. März abgeliefert hätte, so würde sie doch zu Grunde gegangen seyn

Die mora 2) wirkt eine Verbindlichkeit, Zinsen zu bezahlen. Nach Deutschem Rechte ist diese Regel ohne Einschränkung wahr. Nach dem Römischen Recht aber gilt sie nicht in den stricti iuris Contracten, auch nicht in dem Darlehn. In diesen Contracten wirkte die mora keine Verbindlichkeit zur Zinnszahlung.

3) Zuweilen macht die mora, daß der ganze Contract zu Grunde gehet; wenn nemlich a) dieses ausbedungen worden ist; z. E. ich verkaufe einem etwas mit dem Beding, daß wenn er den Kaufschilling nicht zur bestimmten Zeit bezahlt, der Kauf nichtig seyn solle. b) Wenn der Schuldner die Erfüllung seines Versprechens so lange verschiebt, bis sie mir nichts mehr nütze ist. Z. E. jemand liefert mir die Lampen nicht vor dem Tage, an welchem die Stadt illuminirt wird (**).

4 Die mora vermehrt den Werth der Sache. Wenn mir jemand eine Sache nicht zur gesetzten Zeit prästirt, und die Rede von einem *negotio stricti iuris* ist: so muß er mir den höchsten Werth bezahlen, den sie vom Anfange der morae an, bis zur Zeit der Litiscontestation; in den *iudiciis bonae fidei* hingegen den höchsten Werth, den sie bis zur Zeit der Condemnation hatte. Z. E. Jemand sollte mir am 1. August. 1777. 20 Malter verkauften Weizen liefern; er unterläßt es, und wird am 1. März 1778. zur Lieferung condemnirt. Jetzt kann ich den höchsten Werth fordern, den der Weizen zwischen dem 1. August 1777. und dem 1. März 1778. gehabt hat (*3). Ist die Sache, die er mir leisten soll, während der morae durch einen Zufall zu Grunde gegangen: so muß er mir den höchsten Werth bezahlen, den sie vom Anfange der morae an, bis auf die Zeit des Untergangs hatte. Z. E. wenn mir jemand ein Pferd am 1. Januar 1778. liefern sollte, und es unterläßt; das Pferd am 1. Jul. in seinem Stalle vom Blitze getödtet wird: so muß er den höchsten Werth bezahlen, den das Pferd zwischen den 1. Jan. und 1. Jul. hatte. Der Werth nemlich kann während dieser Zeit sich sehr geändert haben. Wenn das Pferd im Jan. noch zwey gesunde Augen hatte, im März aber es verlohr: so kann ich den Werth fordern, den es vor dem Verlust des Auges hatte.

Die mora des Gläubigers (*mora accipiendi*) wirkt so viel: daß er 1) Gefahr tragen muß. Wenn ich z. E. das Geld, das ich schuldig bin, dessen Annehmung der Gläubiger aus nichtigen Ursachen verweigert, im

Gericht versiegelt deponire, und es dort gestohlen wird, so ist der Schaden des Gläubigers. 2) Der Schuldner wird von den Zinsen des Verzugs befreyet. Nemlich sobald der creditor in mora accipiendi ist, so ist der debitor nicht mehr in mora solvendi; ist er aber nicht mehr in mora, so zahlt er auch keine usuras morae mehr. Wenn ich einem also ein Capital von 1000 Thaler schuldig bin, es ihm ablegen, er es aber nicht annehmen will (weil er z. E. verlangt, daß ich in Golde zahlen soll, wozu ich doch nicht verbunden bin); ich daher das Capital gerichtlich deponire: so hört von dem Tage der Deposition an der Zinsenlauf auf (§. 982. u. f.).

(1) Dies ist nicht nur der natürlichen Billigkeit (man s. *Wolf* iur. nat. Part. 2. §. 591.), sondern auch den Römischen Gesetzen gemäß. L. 14. §. 1. D. depos. wo Cajus sagt: aequum est, naturalem intentum ad actorem (deponentem) pertinere; utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori. *Wernher* sel. obs. for. part. 4. obs. 214. n. 89. sqq. *Io. Aug. Reichard* diss. de casu obligationem tollente, (Ien. 1767.) §. 5. Indessen sind viele Rechtsgelehrten anderer Meynung. Sie verwerfen den Unterschied zwischen der schädlichen und unschädlichen mora, und behaupten, daß der morosus schlechterdings den Unglücksfall tragen müsse.

(2) *Pufendorf* tom. 1. obs. 40. §. 6.

(3) L. 8. §. 1. de cond. furtiv. L. 3. de condict. trit. L. 37. mandat. *Leyser* sp. 150. m. 1. 2. 3.

§. 761. Wer trägt, und wer ersetzt den casum?

Bey dem Casus sind zwey Fragen wohl zu unterscheiden: 1) wer empfindet ihn, über wen geht er, wessen ist der dadurch verursachte Schaden? 2) wer ersetzt ihn, das heißt, in welchem Falle bin ich schuldig, den Schaden, den ein Anderer durch Zufall erlitten hat, zu ersetzen (*1)? Zuweilen passirt ein Unglücksfall, und die Frage ist, wen er eigentlich treffe (quis sentiat casum)? zuweilen aber trifft mich der Casus, und ein Anderer muß mir den dadurch verursachten Schaden ersetzen (casum praestare debet).

Was also die erste Frage angeht: so bemerke man: 1) wenn ich ein Factum versprochen habe, und ein Casus passiret, welcher a) macht, daß ich das Factum nicht leisten kann, so leidet dabey insoweit der Andere, da er nun das Factum nicht mehr zu fordern befugt ist. Allein auch mir ist der Casus nachtheilig, denn ich kann das nicht fordern, was mir für das Factum versprochen worden ist. Z. E. wenn der Laquai, die Magd krank wird, so hört während der Krankheit Kost und Lohn auf (*2). Macht b) der Casus, daß der Andere sich das Factum nicht kann leisten lassen, ich bin aber bereit, es zu leisten: so ist der Zufall dem Andern allein schädlich; denn ich kann das verlangen, was mir für die Leistung des Factums versprochen worden ist. Z. E. dem Kutscher, dem Laufer, dem Friseur gebührt Kost und Lohn, wenn gleich der Herr, weil er krank ist, ihre Dienste nicht brauchte.

2) Bin ich vermöge eines Vertrags oder aus einem andern Grunde schuldig, einem eine gewisse Sache zu geben, und die Sache kommt durch Unglücksfälle um: so trägt der Andere den Casus. Er kann die ihm versprochene Sache nicht fordern, und muß dem ungeachtet, das, was er dagegen versprochen hat, leisten. Z. E. wenn ich einem eine Bibliothek verkauft habe, und sie ohne meine Schuld vor der Uebergabe verbrennt, so trifft das Unglück den Käufer insoweit, daß er den Kaufschilling bezahlen muß, ob er gleich die Bibliothek nicht erhält. Dieß druckt man durch die Regel aus: debitor speciei liberatur interitu rei (*[3]). Indessen kann der Unglücksfall doch auch mir schädlich seyn, indem mein Eigenthum verlohren ist. Man denke den Fall, daß ich bey dem Verkauf der Bibliothek mir das Eigenthum bis zur Zahlung des Kaufschillings vorbehalten habe, und der Käufer concursmässig ist.

3) Wenn ich hingegen verpflichtet bin, eine Sache zu restituiren, und die Sache durch einen Casus umkommt, so trägt ihn der Eigenthümer. Z. E. wenn ich von jemand ein Pferd geliehen habe, so muß ich es vermöge des Contracts nach geendigtem Gebrauche zurück geben. Crepirt es aber ohne meine Schuld, so trifft der Casus den Eigenthümer. Man unterscheide also die beyden Dinge wohl: ich bin verbunden eine Sache zu geben, und ich bin schuldig sie zu restituiren. Wenn die Sache bisher mein war, ich nun den Besitz auf den Andern übertrage, damit die Sache sein werde, so gebe ich sie. Gehörte aber die Sache dem Andern, er hatte mir nur den Besitz überlassen, und ich bringe sie nun wieder in seinen Besitz, so restituire ich sie. Ausserdem aber bemerke man, daß obgleich in dem angeführten Falle der Casus zunächst den Eigenthümer trifft, doch auch ein Anderer Schaden davon haben kann. So verliert z. E. in dem angeführten Falle der, welchem das Pferd geliehen war (commodatarius) den Nutzen, welchen er noch während der Leihezeit hätte ziehen können (*[4]).

Ein Gleiches ist 4) Rechtens, wenn eine Sache, die ich weder zu geben, noch zu restituiren habe, durch Unglücksfall zu Grunde geht (*[5]). Z. E. Jemand giebt mir den Auftrag, ihm an einem entfernten Ort etwas zu kaufen. Ich werde auf der Reise beraubt. Wer trägt den Schaden? Ich (*[6]). Oder ich habe einem versprochen, meine Sache zu leihen (commodare), oder vermiethet (locavi); und die Sache geht durch einen Casus zu Grunde. Auch hier trifft mich zunächst der Casus, wiewohl er auch dem Andern nachtheilig ist, insofern er den Nutzen aus dem Leihe- oder Miethcontract entbehren muß.

So viel hingegen die zweyte Frage betrifft, so ist die Regel: Ich bin nicht schuldig, einen Schaden zu ersetzen, der dem Andern durch einen Unglücksfall zugefügt worden ist, wenn ich mich nicht dazu in einem Vertrage a) ausdrücklich

§. 762. Uebergang zu den einzelnen Contracten.

Nachdem wir die allgemeinen Sätze von den Verträgen, und den dahin einschlagenden Materien kennen gelernt haben, so wollen wir nun die einzelnen Arten von Contracten betrachten, zuerst die reales Tit. 15. alsdann die verbales Tit. 16. 17. 18. 19. 20. 21. darauf die litterales Tit. 22. endlich die consensuales Tit. 23. 24. 25. 26. 27.

TIT. XV.
QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

§. 763. Was sind Realcontracte?

1) Contractus reales heißen die, deren verbindliche Kraft in der Erfüllung von Seiten des Einen Contrahenten liegt. Wenn ich nemlich mit einem paciscire, so ist der Vertrag entweder in solenne Worte eingekleidet, oder nicht. Im ersten Fall ist er ein contractus formularius. Im letzten Falle ist er entweder einer von folgenden fünfen: emtio, locatio, societas, mandatum, emphyteusis; oder nicht. Wenn er einer von diesen fünfen ist, so heißt er contractus consensualis. Ist er keiner davon, so ist er entweder von Einem Paciscenten erfüllt, oder nicht. Hat ihn noch keiner erfüllt, so ist er ein pactum nudum. Wenn ich aber den Vertrag erfülle, oder der Andere ihn erfüllt, so wird er ein *contractus realis.* Z. E. wenn ich mit einem den Vertrag mache, daß er mir sein Pferd für meinen Ochsen geben soll, *so ist es* ein pactum nudum. Sobald ich ihm aber das Pferd, oder er mir den Ochsen übergiebt, so wird das pactum in einen Realcontract verwandelt.

Also 2) alle Realcontracte entstehen aus pactis nudis. Vor dem Darlehn geht das pactum de mutuo dando; vor dem Commodat das pactum de commodando; vor dem Depositum das pactum de deponendo; vor dem Pfandcontract das pactum de pignore dando; vor dem Tausch das pactum de permutando voraus u. s. w.

3) Die Realcontracte haben ihren Namen nicht daher, weil sie eine Realklage wirken. Nein; Realklagen entstehen nur aus dem dinglichen Rechte (iure in re); ein Contract giebt bloß ein persönliches Recht (ius ad rem, §. 293. Anmerk.); daher entstehen auch nur Personalklagen aus den Contracten. Die Ursache des Namens contractus *realis* liegt vielmehr darin, weil die verbindliche Kraft dieser Contracte *in re,* in der geschehenen Erfüllung des Vertrages liegt.

4) Man theilt die Realcontracte in nominatos und innominatos ein. Nominati sind vier: mutuum, commodatum, depositum, pignus. Sie entstehen alle aus pactis, wo nur Ein Theil etwas aus dem Seinigen leistet.

Bey dem Darlehn borge ich einem eine Sache, ohne etwas dafür zu bekommen (§. 768.). Bey dem Commodat verstatte ich ihm den Gebrauch unentgeltlich; in dem Depositum verwahrt der Depositar die Sache umsonst; in dem Pfandcontract übergebe ich meine Sache zur Sicherheit der Schuld. Alle andere Realcontracte, außer den vier benannten, sind innominati. Man theilt sie in vier Classen ein, do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias: und sie entstehen sämmtlich aus solchen Verträgen, wo beyde Theile etwas aus dem Ihrigen leisten.

5) Bey den Römern wirkte das vor dem Realcontract vorausgehende pactum keine Klage. Z. E. aus dem pacto de mutuo dando, wenn mir Jemand versprochen hatte, ein Darlehn zu geben, konnte man nicht klagen, und so auch bey allen übrigen. Heutigestags entsteht zwar aus diesen Verträgen schon eine Klage; aber gleichwohl sind sie von den darauf folgenden Contracten noch immer verschieden (*1). Etwas anders ist der Vertrag: ich will dir ein Darlehn, der Vertrag: ein Pfand geben; etwas anders der Darlehnscontract, da ich einem das Darlehn wirklich gebe; der Pfandcontract, da ich ihm das Pfand wirklich tradire. Daher entsteht auch bey uns aus jenen pactis nicht dieselbe Klage, die aus den Realcontracten selbst entsteht. Z. E. aus dem contractu mutui kann der Gläubiger die actionem mutui auf die Wiedererstattung anstellen. Diese fällt aber bey dem pacto de mutuo dando weg. So lang ich noch nichts gegeben habe, kann ich auch nicht auf die Wiedererstattung klagen. Eben so wenig hat actio depositi, commodati, pignoratitia Statt, so lang nur noch pactum de deponendo, commodando, pignore dando vorhanden ist; wie man einsehen wird, wenn man die Definition dieser Klagen §. 776. 777. 788. 789. 797. 798. betrachtet.

(1) Es ist also ein Irrthum, wenn *Titius* in iur. privat. lib. 1. cap. 4. §. 1. das Gegentheil behauptet.

§. 765. Erklärung des Darlehns.

Das Darlehn (*mutuum*) ist ein Realcontract, da ich einem eine fungible Sache dergestalt gebe, daß er Eigenthümer davon werden, und eine andere von gleicher Qualität und Quantität zurückgeben soll. Fungible Sachen heißen hier bewegliche Dinge, die man einem im Commerz zuzählt, zumißt, zuwiegt; z. E. also Getreide, Fleisch, Wein, Bier, Geld, Eyer, Aepfel u. dgl. sind res fungibiles. Bey dergleichen Sachen gilt der Satz: tantundem est idem, oder una res fungitur vice alterius; das heißt, es ist einem gewöhnlich ganz einerley, ob man dieses individuum, oder ein anderes von gleicher Qualität und Quantität hat; es findet da kein pretium affectionis Statt (*1). Es ist z. E. Jedermann völlig einerley, ob er dieses Malter Korn, oder ein anderes von gleicher Güte hat. Die Personen, welche diesen Contract

schliessen, sind der *mutuans*, Darleiher, Gläubiger, und *mutuatarius* oder der Schuldner.

(1) Paulus sagt in der L. 2. §. 1. de reb. cred. mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia (tam) in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam speciei. Ueber diese dunkle Stelle ist viel geschrieben, sie ist auf mancherley Art emendirt und erklärt worden. Durch die Einschiebung der Partikel tam wird sie ziemlich deutlich. Man s. *Iac. Gothofredi* diss. de functione et aequalitate in mutuo, ad intellectum veramque lectionem. l. 2. de reb. cred. (in opusc. Lugd. Bat. 1733.) p. 517. sqq. *Bynkershoek* observ. l. 10. *Idsinga* diss. de mutuo et veteri literar. obligat. cap. 3. §. 9. in *Oelrichs* thesaur. nov. diss. Belgicar. vol. 1. part. 1. p. 130. sqq.

§. 766. Grundsätze vom Darlehn.

Das Darlehn erfordert also 1) *res fungibiles*. Das gewöhnliche Object des Darlehns ist Geld. Indessen kann es auch Getreide, Brod, Butter, Wein und jede andere fungible Sache seyn. 2) Diese Sache gebe ich dem Andern (*1). So lang dieses nicht geschieht, ist der Darleihcontract noch nicht vorhanden. Und zwar 3) dergestalt, daß er Eigenthümer werden soll. Er kann also darüber nach Gefallen disponiren. Daraus folgt, daß das mutuum eine Alienation enthält. Denn eine Alienation ist nichts anders, als die Uebertragung meines Eigenthums an einen Andern (§. 417.). Salmasius hat in seinem Werk de usuris (*2) den Satz aufzustellen gesucht, daß das mutuum keine Alienation sey. Darüber gerieth er mit den Juristen seiner Zeit in einen Streit, der viele Schriften gebahr, und dessen Geschichte unter Andern Walch (*3) erzählt. Seine Argumente sind alle leicht zu beantworten, wenn man nur zwischen der Quantität und der körperlichen Sache, die der Gläubiger dem Schuldner darleihet (corpora, quae mutuo dantur), distinguirt. Die Quantität, welche man einem borgt, alienirt man nicht; das heißt, man begiebt sich nicht des Rechts, diese Quantität wieder zu fordern; hingegen die körperliche Sache, welche man tradirt, wird alienirt; denn man giebt dem Andern das Eigenthum derselben. Und deswegen, weil nemlich die Quantität nicht alienirt wird, sagt Ulpian in der L. 55. de solut. nummi non alienantur, qui sic dantur ut recipiantur; das heißt, sie werden nicht gänzlich, nicht in allem Betracht alienirt. Auch nennt man eben darum geborgtes Geld aes alienum; weil der Schuldner nemlich so viel, als er bekommen hat, restituiren muß; weil die Summe res aliena ist.

(1) Hat Jemand meine Sache schon in Händen, z. E. ich habe Geld bey einem deponiret, oder mein Commissionar hat Geld für mich eingenommen; so ist es genug, wenn ich erkläre, daß er sie als ein Darlehn behalten solle; so ist es genug, daß ich sie ihm *brevi manu* tradire. L. 11. pr. L. 15. D. de reb. cred. L. 34. pr. vers. *nec huic simile*, et vers. *item quod* D. mandat. Diesem Satz scheint indessen Africanus in der L. 34. pr. mandat. vers. *qui negotia*, gera-

geradezu zu widersprechen, celebris illa et inexplicabilis ἀντινομία! wie P. Faber sagt. Dort heißt es: qui negotia Lucii Titii procurabat, is cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistolam ad eum emisit, qua significaret, *certam summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus.* Quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit? Et an usurae peti possint? Respondit, non esse creditam; alioquin dicendum, ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Einige, z. B. *Idsinga* diss. de mutuo, in *Oelrichs* thesaur. nov. diss. belgicar. vol. I. part. 1. p. 149. nehmen an, daß Lucius Titius auf den Brief seines Commissionairs nicht geantwortet habe. Andere, z. B. *Galvanus* de usufr. pag. 514. halten dafür, Africanus rede nur vom strengen Recht, und behaupte, daß nach diesem in dem vorgetragenen Falle kein Darlehn vorhanden sey.

(2) Lugd. Bat. 1638.

(3) In controvers. p. 321. Man s. auch *Ayrer* diss. de arbitrio iudicis circa usuras pecuniae mutuaticiae, §. 4. und *Idsinga* diss. cit. cap. 4.

§. 767. Wer ein Darlehn geben könne?

Weil in dem Darlehn eine Veräußerung liegt, so folgt, 1) daß nur der ein Darlehn geben könne, welcher alieniren kann. 2) Wenn Jemand ein Darlehn giebt, der zur Veräußerung nicht berechtigt ist, z. E. ein Pupill, Minderjähriger, erklärter Verschwender: so kann die Sache zurückgefordert werden. Wenn sie noch vorhanden ist, so hat rei vindicatio Statt. Ist sie aber consumirt (*1), z. E. der Schuldner hat das geborgte Geld ausgegeben, den geborgten Wein getrunken, das Brod gegessen, so ist sie entweder bona fide consumirt, oder mala fide. Bona fide, das heißt, der Schuldner hat geglaubt, daß der Gläubiger befugt sey, das Darlehn zu geben; mala fide, er hat das Gegentheil gewußt. Hat er sie bona fide consumirt, so kann er condictione sine causa belangt werden, daß er eine andere Sache von gleicher Qualität und Quantität zurückgebe (*2). Ist er hingegen in mala fide gewesen, so hat nicht nur condictio sine causa, sondern auch actio ad exhibendum Statt. Diese letzte Klage ist vortheilhafter für den Kläger als jene erste, wie ich oben (§. 419.) angemerkt habe. 3) Wenn Jemand eine fremde Sache, ohne Auftrag vom Eigenthümer dazu zu haben, ausleihet: so ist ebenfalls der Contract ungültig, und der Eigenthümer kann die Sache mit denselbigen Klagen, wie in vorigem Falle, zurückfordern.

(1) Was consumiren hier heiße, ist §. 419. erklärt worden.

(2) Andere nennen die Klage, nach dem Beyspiel der Basiliker, *actionem de bene depensis.* *Püttmann* advers. lib. 2. cap. 4.

§. 768. Was für eine Verbindlichkeit entsteht aus dem Darlehn?

Wer ein Darlehn giebt, veräußert zwar das Individuum, welches er weggiebt, die körperliche Sache, die der Gegenstand des Darlehns ist; aber nicht die Quantität. Daher muß dann 4) der Schuldner eine Sache von

derselben Qualität und Quantität, als er bekommen hat, zurückgeben. Von derselben Quantität; hat er also eine Ohm Wein bekommen, so muß er auch eine Ohm restituiren. Von derselben Qualität; hat er Hochheimer erhalten, so muß er Hochheimer und keinen Bergsträßer zurückgeben.

5) Der Vertrag, daß mir der Schuldner weniger zurückgeben soll, als er empfangen hat, ist gültig; denn ich habe ihm in diesem Falle den Ueberrest erlassen. Hingegen der Vertrag, daß er mehr restituiren soll, war nach dem Römischen Recht nicht gültig, wenn er nicht durch eine Stipulation befestigt wurde. Re enim, sagt Paulus (*[1]) non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit. Heutigestages ist dieser Vertrag verbindlich, nur muß kein unerlaubter Wucher darin stecken. Wenn ich z. E. einem 1000 Thaler borgen, und mir versprechen lassen wollte, daß mir der Schuldner nach Verlauf eines Jahrs 1200 Thaler restituiren solle: so würde der Vertrag ungültig seyn; denn ich würde auf diese Weise 20 pro Cent profitiren, da doch die Gesetze nur 5 pro Cent Zinsen erlauben.

6) Auch Zinsen wurden nach Römischem Recht im Darlehn nicht bezahlt, wenn sie nicht ausdrücklich durch eine Stipulation versprochen waren (*[3]). Heutigestages muß der Schuldner Zinsen entrichten: a) wenn er sie entweder versprochen hat, oder b) sich in mora befindet; z. E. mir das dargeliehene Geld auf den bestimmten Termin nicht zurückbezahlt (*[4]).

7) Zuweilen geschieht es, daß, nachdem ich einem Geld vorgeliehen habe, eine Münzveränderung geschieht. Alsdann entsteht die Frage, in welchem Münzfuße das Darlehn wiederzugeben ist. Z. E. in den Jahren 1760. und 1761. cursirten Münzen, welche 30 Kreutzer galten, und Ephraimiten hießen, im Jahr 1763. aber auf 12 Kreutzer heruntergesetzt wurden (*[5]). Der französische Laubthaler, welcher jetzt nur 2 fl. 45. kr. gilt, war damals auf vier Gulden und höher gestiegen. Gesetzt nun, daß ich einem im Jahr 1761. 1000 Thlr. in 30 kr. Stücken, oder in Laubthalern, das Stück zu 4 fl. geliehen hätte, und das Geld jetzt im Jahr 1795. ablegen wollte, wie viel bin ich zu bezahlen schuldig? Oder im Jahr 1770. galt der alte Louisd'or nur 8. fl. 45 kr. Jetzt im Jahr 1795. (da ich dieses schreibe) gilt er (hier in Darmstadt) 9 fl. 30 kr. Wenn ich nun im Jahr 1770. ein Capital in alten Louisd'or, das Stück zu 8. fl. 45 kr. bekommen habe, und es jetzt restituiren will, so ist die Frage: gebe ich den Louisd'or zu 9 fl. 30 kr. oder nur zu 8 fl. 45 kr. Man unterscheide (nach der Tabelle 54. a) folgende Fälle:

a) Wenn eine gewisse Zahl von Geldstücken gegeben und ausgemacht ist, daß eine gleiche Zahl restituirt werden soll (z. E. ich leihe einem 100 Stück Ducaten, und verspreche einem 100 Stück wiederzugeben); so bleibt es bey

dem Vertrage, und es kommt nicht darauf an, ob diese Geldsorte im Werth steigt oder fällt.

b) Wenn etwas über den Münzfuß ausgemacht ist, so hat es dabey sein Bewenden. Z. E. ich leihe dir 1000 Thaler im 20 fl. Fuß, und verspreche diese Summe in gleichem Fuße zu restituiren. — Nur muß kein unerlaubter Wucher dabey vorkommen. —

c) Ist nichts ausgemacht, und die Münzveränderung ist allgemein; das heißt, alle Münzsorten ändern ihren innern oder äußern Werth, es wird ein ganz neuer Münzfuß eingeführt: so wird auf die Zeit des Darlehns gesehen; das heißt, der Schuldner bezahlt das Capital in dem Münzfuße wieder, worin er es bekommen hat; er giebt dem innern wahren Werth nach eben so viel wieder, als er empfieng. Wer also im Jahr 1761. 1000 Thlr. in damaligen geringen Münzsorten borgte, der ist jetzt keine 1000 Thlr. im 24 fl. Fuße wiederzugeben schuldig; sondern nur so viel, als jene 1000 Thlr. in schlechten Münzen, nach dem 24 fl. Fuße ausmachen. Denn sollte er 1000 Thlr. in den jetzt cursirenden guten Münzen geben, so würde er offenbar Schaden, und der Gläubiger einen ungerechten Vortheil haben; weil sich mit allgemeinen Münzveränderungen auch die Preise der Dinge ändern. So wie die Münze schlechter wird, steigen die Preise der Waaren, und wenn die Münze besser wird, fällt der Preis. Oder, welches auf Eins hinauskommt, so wie die Münze schlechter wird, so fällt ihr Cours. Man bekam z. E. im Jahr 1761. für einen Ephraimiten nicht so viel Waare, als man jetzt für 30 kr. erhält (*6).

d) Wenn die Münzveränderung nur particulär ist; das heißt, wenn nur eine oder die andere Münzsorte ihren Werth verändert: so wird auf die Zeit der Zahlung gesehen; das ist, der Schuldner bezahlt die Münze in dem Werthe, den sie jetzt, zur Zeit der Zahlung hat. Z. E. im Jahr 1786. wurde durch einen Oberrheinischen Kreisschluß der Laubthaler auf 2 fl. 42 kr. gesetzt. Er galt zuvor, und bald nachher wieder 2 fl. 45 kr. Wenn ich also vor dem Jahr 1786. ein Capital erborgt den Laubthaler zu 2 fl. 45 kr. angenommen, das Capital im Jahr 1786. abgelegt hätte, so würde ich den Laubthaler nicht höher als 2 fl. 42 kr. haben anrechnen können. Und wenn ich das Capital im Jahr 1786. in Laubthalern, das Stück zu 2 fl. 42 kr. erhalten hätte, es aber jetzt wieder ablegte, so würde der Gläubiger den Laubthaler zu 2 fl. 45. kr. annehmen müssen. Er leidet dabey keinen Schaden; denn wenn er im Jahr 1786. etwas für 2 fl. 45 kr. einkaufte, und einen Laubthaler in Zahlung brauchen wollte, so mußte er noch 3 kr. darauf legen. Dieß braucht er jetzt nicht; er kann mit einem Laubthaler allein so viel ausrichten, als er im Jahr 1786. mit einem solchen Thaler und 3 kr. thun konnte. Particularmünzveränderungen machen keine Aenderungen in den pretiis rerum (*7). Das Verhältniß einer Münz-

sorte zu den übrigen, oder das Verhältniß vom Werthe des Goldes zum Werthe des Silbers ändert sich nur.

(1) L. 17. D. de pact.

(2) Uebrigens lassen sich die Wucherer oft genug in Handschriften mehr verschreiben, als sie vorgestreckt haben.

(3) Selbst alsdann nicht, wann der Schuldner in mora war; denn das mutuum war seinem Wesen nach ein negotium gratuitum. *I. H Boehmer* diss. de fundamento usurar. pecuniae mutuaticiae, § 10. sqq. in exercit. ad Pand. vol. 4. p. 107. sqq.

(4) Außerdem bezahlt er nach der richtigern Meynung keine Zinsen; denn man kann mit Grund weder einen präsumtiven noch stillschweigenden Consens des Schuldners in die Zinsenzahlung annehmen. *Berger* oec. iur. p. 562. edit. noviss. *Stryk* us. mod. tit. de reb. cred. §. 10. et in cautel. contract. sect. 2. cap. 1. §. 25. *Leyser* spec. 130. med. 3. 4. sp. 148 med. 9. sp. 244. med. 2. *Boehmer* diss. cit. § 31. p. 143. *Reinharth* diss. de his, quae nobis invitis fiunt, p. 29. sqq. Weber über die Gründe der Verbindlichkeit Zinsen zu bezahlen, in den Versuch. üb. d. Civilr. Nr. III. §. 4. Anderer Meynung sind: *Richter* dec. 74. n. 17. *Schilter* Ex. 22. th. 14. Ex. 35. th. 11. *Titius* in iur. privat. lib. 4. cap. 8. §. 2. et 15. *Io. Frid. Hohmann* diss. an usurae ex mutuo non tantum ob pactum et moram, sed et propter naturam contractus solvendae sint, cap. 2. pag. 21. sqq. Carl Adolph von Braun: ob das Darlehen gemeiniglich verzinslich sey, im Schottischen jurist. Wochenblatt, 3. B. 21. Stück. *Müller* ad *Leyser* tom. 2. fascic. 1. obs. 286. Daß übrigens die erste an sich gegründete Lehre ihre Einschränkungen leide, zeigt *Ayrer* diss. de arbitrio iudicis circa usuras pecuniae mutuaticiae, §. 26. sqq.

(5) Nemlich nach dem Zwanzigguldenfuße giebt eine Mark feines Silber nur 13⅓ Thaler. In den Jahren 1757-1758. wurde aber die Mark für 19-24 Thaler, im Jahr 1759 für 25-30 und in den Jahren 1760. und 1761. gar für 31-35. Thaler ausgebracht. Praun's gründliche Nachricht vom Münzwesen (Leipz. 1784. 8.) S. 164.

(6) Wenn indessen der Gläubiger beweisen könnte, daß die dem Schuldner vorgestreckten Münzsorten zur Zeit des Contracts einen höhern Cours gehabt haben, als sie nach ihrem innern Werth haben sollten, z. B. daß die Ephraimiten zur Zeit des Contracts noch für voll und gut ausgegeben worden, so ist er, meines Erachtens, damit zu hören.

(7) Joh. Ludw. Schmidt Abhandl. in was für Münzsorten eine Geldschuld abzutragen (Jena 1763. 4.). Zweyte vermehrte Aufl. 1782. Ebendesselben rechtl. Entscheidungen von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen. Jena 1769. 4. Eines Ungenannten Betrachtungen über das Recht bey der Bezahlung in veränderten Münzen, Braunschweig 1764. J. G. Dietze Versuch einer münzwissenschaftlichen Beantwortung der Fragen: wie ist eine Geldschuld abzutragen rc. Frft. am Mayn 1791. 8. Die beyden letzten Verfasser behaupten, daß man bey den Capitalien, die in Silbergeld ausgeliehen werden, blos auf den Cours zu sehen habe. Allein Strube in s. rechtlichen Bedenken, 3. Band, 2. Bed. zeigt, daß sich dieß nicht so allgemein vertheidigen läßt. Bey Goldmünzen ist füglich wohl auf weiter nichts als auf ihren Cours

zu reflectiren. Denn das Gold wird als eine Waare angesehen, deren Werth steigt und fällt. Dietze am a. O. S. 90. ꝛc. — Man vergleiche überhaupt bey dieser Lehre: *Averani* interpret. iur. civ. III. 10. sequ. *Leyser* Medit. ad Pand. spec. 529 wo auch besonders die Verschiedenheiten des Deutschen Münzfußes geschichtlich dargestellt werden. G. J. Meister's practische Bemerkungen I. 19. Büsch vom Geldesumlauf Hamburg 1780. Ueber Goldmünze, Banknoten ꝛc. in den Schleswig-Hollsteinisch. Provinzialber. 1788. 1tes Stück. Die gemeinen Deutschen Reichsgesetze, welche das Münzwesen betreffen, findet man zusammengeordnet bey Gerstlacher Handbuch der deutsch. Reichsges. IX. 1476. ꝛc. W.

§ 769. Die aus dem Darlehn entstehende Klage.

Aus dem Darlehn entsteht nur Eine Klage, denn es ist ein contractus unilateralis; die *actio mutui*, oder *condictio certi ex mutuo*. Der Gläubiger, oder sein Erbe stellt sie gegen den Schuldner, oder dessen Erben, dahin an, daß Beklagter eine Sache von derselben Qualität und Quantität, wie er empfangen hat, zurückgeben solle (*[1]).

(1) Wie aber, wenn der Schuldner durch das Darlehn Schaden leidet, z. E. ich borge von einem Mehl, und er giebt mir verdorbenes, ich borge Geld, und er zahlt mir falsche Stücke ꝛc. In diesem Fall hat actio ex L. Aquilia, oder auch wenn der Andere in dolo ist, actio doli Statt. *Stryk* de act. investig. sect. 1. membr. 5. §. 3.

§. 770. Erklärung des Leihcontracts.

Der Leihcontract, oder *commodatum* ist ein Realcontract, da ich einem eine nicht fungible Sache zu einem gewissen Gebrauche unentgeltlich gebe, so, daß er dieselbe Sache (rem in specie) nach geendigtem Gebrauche zurückgeben soll. Z. E. ich gebe einem mein Pferd unentgeltlich, um damit eine Reise nach Frankfurt zu machen; verstatte einem den Gebrauch meines Buchs, um darüber ein Collegium zu hören.

Ich sage, der Gegenstand dieses Contracts sind nicht fungible Sachen. Denn fungible Sachen kann man nicht wohl brauchen, ohne sie zu consumiren, zu verderben, wegzugeben; gleichwohl soll der Commodatar die geliehene Sache in Natur und unverdorben wiedergeben. Fungible Dinge, z. E. Wein, Getreide, Geld, sind also kein Gegenstand dieses Contracts. Wenn es indessen möglich ist, eine gewisse fungible Sache zu gebrauchen, ohne sie zu consumiren oder auszugeben, und ich sie einem ausdrücklich zu einem solchen Gebrauch gebe: so ist der Contract ein commodatum (*[1]). Z. E. in einer gewissen Reichsstadt soll zwar ein jeder neu aufzunehmende Bürger eine gewisse Summe im Vermögen haben; der wohlweise Rath aber begnügt sich, wenn ihm die Summe vorgezeigt wird, ohne zu untersuchen, ob sie dem neuen Bürger eigen sey. Wenn ich nun an diesem Orte einem die Summe leihe, daß er sie vorzeigen und mir alsdann zurückgeben soll: so ist es ein Commodatscontract. Das

ist gleich viel, ob a) die Sache beweglich oder unbeweglich, b) körperlich oder unkörperlich, c) dem, der sie leihet, eigen oder nicht eigen ist; das heißt, wenn ich einem eine Sache leihe, welche nicht mein ist: so kann ich dem ungeachtet die actionem commodati gegen ihn anstellen (§. 737.) (*2).

Die bey diesem Contracte vorkommenden Personen sind der *commodans*, welcher den Gebrauch seiner Sache einem Andern verstattet, und der *commodatarius*, welcher die fremde Sache gebraucht.

(1) So ist L. 4. D. commodat. zu verstehen, wo es heißt: saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut *dicis gratia* numerationis loco intercedant. Ueber die wahre Leseart dieser Stelle, auch den Ursprung und die Bedeutung der Phrasis dicis gratia s. *Wieling* lect. iur. civ. lib. 1. cap. 3.

(2) L. 16. D. commodat.

§. 771. Grundsätze vom Leihcontract.

1) Das Commodat wird zu einem gewissen bestimmten Gebrauch gegeben. *Commodatum* ist also kein precarium. Precarium nemlich heißt ein prätorisches pactum, da ich einem eine Sache zu einem unbestimmten Gebrauch und in der Absicht gebe, daß er mir sie zurück geben soll, so bald ich es verlange. Der Unterschied dieser beyden Geschäfte fallt in die Augen. a) Bey dem Commodat ist der Gebrauch der Sache bestimmt, bey dem Precarium nicht. b) Die commodato gegebene Sache kann man der Regel nach nicht eher als nach geendigtem Gebrauch zurück fordern, die precario verliehene Sache, sobald es einem gefällt. Wenn man z. E. Bücher verleihet, so geschieht es meistens durch ein precarium. Denn man bestimmt den Gebrauch nicht, und kann sie zurück fordern, sobald man will. c) In dem commodato wird, wie wir (§. 774.) hören werden, von dem, der die Sache zum Gebrauch erhält, culpa levissima prästirt, im precario nur culpa lata (*1).

2) Das Commodat wird unentgeltlich gegeben. Sobald ich mir für den Gebrauch meiner Sache etwas versprechen lasse: so ist es kein Commodat mehr. Bekomme ich Geld, so ist es ein Miethcontract (locatio conductio); bekomme ich etwas anders, als Geld, so ist es contractus innominatus, do ut des. 3) Der Vortheil bey diesem Contract ist also ganz auf Seiten des commodatarii, der commodans hat die Beschwerde, daß er den Gebrauch seiner Sache entbehren muß. 4) In dem Darlehn (mutuo) wird das Eigenthum übertragen; dieß geschieht in dem Commodat nicht; der commodans bleibt Eigenthümer, der Commodatar bekommt nur das Recht, die Sache zu gebrauchen.

(1) Warum in dem precario nur culpa lata geleistet werde, weiß ich nicht. Ulpian sagt in der L. 8. §. 3. de precar. quia totum hoc ex liberalitate descendit eius, qui precario concessit. Aber eben darum sollte culpa levissima prästirt werden. Und kann man von dem Commodat nicht auch sagen, totum descendit ex liberalitate eius, qui commodavit? Eben so wenig befriedigend sind die andern Ursachen, die man anführt. S. *Iac. Gothofred* ad L. 23. de

R. I. p. m. 806. *Pufendorf* de culpa, §. 260. *Thomasii* diss. de usu pract. doctrinae iur. rom. de culp. praestat. cap. §. 48. sqq. in collect. diss. Tom. 2. p. 1024. sqq. — Inzwischen möchte sich doch wohl aus der beständigen Wiederruflichkeit des precarii ein guter Grund hernehmen lassen, da der Nutzen, auf den man unter solchen Verhältnissen nie mit Gewißheit rechnen kann, in der That so beträchtlich nicht ist, als bey andern Contracten, wo die Verantwortlichkeit eines geringern Versehens auf den Vortheil, welchen der Contract gewährt, gegründet wird. Uebrigens ist bey der Lehre vom precario vorzüglich nachzusehen Westphal von den Arten der Sachen rc. §. 84. rc. vergl. auch Hugo Civil. Magaz. I 4. 472. W.

§. 772. Wie lang und wie hat der commodatarius die Sache zu gebrauchen?

Das Commodat wird zu einem bestimmten Gebrauch gegeben. Daher kann der commodans die Sache der Regel nach nicht vor geendigtem Gebrauch zurückfordern. Ich sage, der Regel nach. Eine Ausnahme ist, wenn ein unvermutheter Vorfall macht, daß der commodans seine Sache selbst nöthig hat. Wenn ich z. E. einem mein Pferd auf acht Tage geliehen habe, und mir eine unvermuthete Reise vorfällt: so kann ich das Pferd vor geendigten acht Tagen zurück fordern (*1). 2) Der commodatarius darf die Sache nicht anders gebrauchen, als ihm vorgeschrieben ist. Wenn er sie anders gebraucht, z. E. das ihm zum Reiten geliehene Pferd einspannt, oder das Pferd, das ich ihm zu einer Reise von sechs Meilen gab, weiter mitnimmt: so begeht er eine unerlaubte Handlung, welche furtum usus heißt. Man s. §. 1024.

(*1) *Struv.* Ex. 19. th. 8. *Hahn* ad *Wesenb.* tit. de commod. num. 11. *Berger* O. I. p. 584. ed. vet. *Stryk* ad *Lauterb.* dict. tit. n. 22. Anderer Meynung sind *Tulden* ad Cod. eod. tit. n. 1. *Voet.* ad Pand. dict. tit. §. 9. Nemlich L. 3. C. de locat. sagt: der Vermiether könne vor geendigter Miethzeit die Sache, wegen eines unvermutheten Bedürfnisses, zurück fordern. Daraus schließt man, also ist auch der commodans dazu um so viel mehr befugt, da er den Gebrauch der Sache umsonst verstattet, der locator hingegen Miethgeld bekommt. Voet wendet aber dagegen nicht ohne Grund ein, wenn der Miethsmann den Gebrauch vor geendigter Miethzeit verliert, so bezahlt er auch das ganze Miethgeld nicht, folglich leidet er keinen so großen Schaden, als der commodatarius. Der Schluß also von dem Miethsmann auf den commodatarium ist nicht bündig.

§. 773. Der Leihcontract ist unentgeltlich.

Wenn ich mir für den Gebrauch meiner Sache etwas versprechen lasse: so ist der Contract kein commodatum. Giebt mir aber der commodatarius ein honorarium, daß heißt, er giebt etwas nach geendigtem Gebrauch, freywillig: so wird dadurch der Commodatscontract in keinen andern verwandelt.

Anmerkung. Das Wort honorarium hat zweyerley Bedeutungen. Es heißt, 1) eine freywillige Belohnung, die man einem zu Bezeigung seiner Dankbarkeit für den Gebrauch seiner Sachen, oder wegen eines von ihm

geleisteten Dienstes giebt. Und so wird es hier genommen. Es bedeutet aber auch 2) eine Belohnung, welche ich für solche Dienste schuldig bin, die sich nicht schätzen lassen, und für welche ich die Belohnung nicht als ein Aequivalent, sondern zum Beweis meiner Erkenntlichkeit gebe. Wenn ich z. E. einen auf die Freyeren schicke, und ihm auf den Fall, daß er das Jawort erhält, eine Summe Geldes verspreche: so heißt dieß honorarium. Denn sein Dienst läßt sich nicht taxiren, und ich gebe das Geld nicht als eine Compensation für seine Arbeit, sondern um meine Dankbarkeit zu bezeigen. Daher heißt man auch honorarium das, was man einem für operas liberales giebt. Nemlich operae liberales heissen die, welche niemand als ein Gelehrter leisten kann; z. E. Unterricht in Wissenschaften, Führung eines Processes; illiberales, welche auch ein Anderer thun kann, z. E. Handwerksdienste, Botengehen u. dgl. Eine schuldige Belohnung für solche operas liberales heißt honorarium, weil man glaubt, daß sich dergleichen Dienste, und der daraus zu ziehende Nutzen nicht schätzen ließen; wo hingegen der Lohn für operas illiberales, *merces* genannt wird (*1).

(1) *Ad. Frid. Trendelenburg* diss. de honorario eiusque a mercede discrimine Kil. 1775.

§. 774. Welche culpa wird in diesem Contract prästirt?

Weil der commodatarius allen Vortheil aus dem Contracte zieht, der commodans gar keinen, so folgt, daß jener culpam levissimam, dieser culpam latam prästire. Wenn also der commodatarius nur das mindeste Versehen begeht, und die geliehene Sache dadurch Schaden leidet oder ganz zu Grunde gehet: so muß er den Schaden ersetzen. Doch diese Regel leidet ihre Ausnahmen: a) wenn das commodatum beyden Contrahenten vortheilhaft ist (z. E. wenn ich einem mein Pferd unentgeltlich gebe, darauf eine Reise zu machen und mir etwas mitzubringen); so muß jeder culpam levem leisten. b) Wird das commodatum blos zum Vortheil des commodantis gegeben, so leistet der commodatarius nur culpam latam. Man denke sich z. E. den Fall, daß mir Jemand aus Gefälligkeit eine Bestellung macht, und ich ihm, um geschwinder fortzukommen, mein Pferd leihe.

§. 775. Wer trägt die Unglücksfälle?

Der commodatarius wird nicht Eigenthümer der geliehenen Sache; sondern er ist schuldig, sie dem commodanti zu restituiren, und zwar in Natur, dasselbe individuum, welches er bekommen hat, nicht etwa eine andere Sache von gleicher Qualität und Quantität. Wenn ich aber eine Sache dem Andern zu restituiren habe, und sie durch einen Zufall zu Grunde gehet; so trägt der Eigenthümer den Verlust. Gesetzt also die dargeliehene Sache kommt durch einen Zufall um; jetzt muß der commodans den Schaden tragen, und der com-

commodatarius hat für nichts zu stehen. Uebrigens versteht sichs, daß, wenn der commodatarius die Unglücksfälle übernommen, oder einige Nachlässigkeit dabey begangen hat, oder in einer schädlichen mora war, er den Schaden ersetzen muß (§. 761.).

Nach dem Sachsenspiegel (*1) soll der commodatarius den Schaden tragen. Allein das Römische Recht ist billiger und der Vernunft gemäßer (*2).

(1) Ius provinc. Sax. lib. 3. art. 5.

(2) *Leyser* med. ad Pand. vol. 12. part. 1. pag. 435. sqq.

§. 776. Klagen, die aus dem Leihcontract entstehen.

Der Leihcontract ist ein bilateralis inaequalis. Daher entstehen zwey Klagen daraus, die von ihm benannt sind, und wovon die eine directa, die andere contraria ist; also kurz *actio commodati directa* und *contraria*.

§. 777. Von der actione directa.

Die actionem commodati directam stellt der commodans, oder sein Erbe, gegen den commodatarium oder dessen Erben an, daß er die geliehene Sache nach geendigtem Gebrauch in specie, unverdorben, mit den Früchten (*1) und jedem Zuwachs, an dem Ort, wo er sie erhalten, auf seine Kosten zurück geben, und allen, auch nur culpa levissima verursachten Schaden ersetzen soll. Ist die Sache durch die Schuld des Commodatars ganz zu Grunde gegangen, so muß er den Werth; ist sie verdorben, so muß er das Interesse prästiren (*2).

(1) Solchen nemlich, welche der Commodatar nicht vermöge des ihm verstatteten Gebrauchs verlangen kann. Denn wenn ich einem eine fruchtbringende Sache, z. E. einen Garten, als ein Commodat gebe, und mir die Früchte nicht vorbehalte, so gehören sie ohne Zweifel dem Commodatar.

(2) Wenn ich einem etwas precario geliehen habe, so kann ich mich, um es wieder zu erhalten, des interdicti de precario und der actionis praescriptis verbis bedienen L. 14. D de precar. L. 14. §. 11. D. de furt. *Stryk* de act. investig. Sect. 1. membr. 5. §. 18.

§. 778. Von der contraria.

Die actionem commodati contrariam hingegen stellt der commodatarius und sein Erbe gegen den commodantem oder dessen Erben an, wenn er Schaden bey dem commodato gelitten hat. Dahin gehört, a) wenn er ausserordentliche und unmäßige Kosten auf die Sache hat verwenden müssen. Die gewöhnlichen Kosten muß der commodatarius tragen; z. E. die Fütterungskosten, wenn ich ihm ein Thier zum Gebrauch leihe. Auch die ausserordentlichen Kosten, wenn sie mäßig sind, das heißt, wenn sie das für diesen Gebrauch dieser Sache gewöhnliche Miethgeld nicht übersteigen. Wenn ich einem z. E. mein Pferd auf einen Tag leihe, und der an dem Ort gewöhnliche Miethlohn einen Thaler beträgt, der commodatarius aber dem Pferd ein Paar neue Hufeisen aufschlagen läßt, so kann er diese Auslage von mir

nicht wieder fordern. b) Wenn ich ihm die Fehler der dargeliehenen Sache absichtlich oder aus einer groben Nachläßigkeit (culpa lata) verschweige, und er dadurch in Schaden kommt; z. E. wenn ich ihm verschweige, daß das geliehene Pferd ausschlägt, es wirklich ausschlägt, und er dadurch in Schaden kommt. c) Wenn ich die Sache vor geendigtem Gebrauch ohne rechtmäßige Ursache zurücknehme, und der commodatarius Schaden davon hat.

Uebrigens kann auch der Commodatar in den unter a) und b) bestimmten Fällen das Retentionsrecht so lange ausüben, bis ihm Kosten und Schaden ersetzt sind (*1).

(1) Arg. L. 18. D. de pignor. act.

§. 779. Was ist das depositum?

Der Hinterlegungscontract, *depositum*, ist ein Realcontract, worin ich einem eine Sache übergebe, daß er mir sie unentgeltlich verwahre, und sobald ich es verlange, zurückliefere. Ich heiße in diesem Contract der *deponens*, und der Andere *depositarius*. Darüber ist sehr disputirt worden, ob allein bewegliche Sachen ein Gegenstand dieses Contracts seyen, oder ob auch unbewegliche Dinge deponirt werden können (*1). Ich glaube, daß das depositum nicht auf bewegliche Sachen eingeschränkt werden könne. Nur muß ich, wo ein depositum rei immobilis vorhanden seyn soll, keine besondere *facta*, sondern blos allgemeine Aufsicht der Sache versprechen. Sobald jenes geschieht, ist es ein mandatum. Wenn ich z. E. verreise, und einen ersuche, daß er auf meinem Landgut die vorfallenden Geschäfte besorge: so ist es mandatum. Gesetzt aber, ich gehe nur auf kurze Zeit weg, und bitte meinen Nachbar, auf mein verschlossenes Haus Achtung zu geben. Jetzt ist es depositum. Da der depositarius nur culpam latam, der mandatarius aber levem leistet, so ist diese Bemerkung nicht ohne practischen Nutzen.

Einige theilen das depositum in *iuris* und *facti* ein. Was hier erklärt worden ist, den eigentlichen Hinterlegungscontract, nennen sie depositum facti; die unten (§. 982.) beschriebene Deposition hingegen, depositum iuris.

(1) *Schulting* thes. controv. dec. 58. th. 1. *Huber* in praelect. ad Pand. tit. depos. num. 1. behaupten mit vielen Andern, daß nur bewegliche Sachen deponirt werden können, *Thomasius* in schol. das Gegentheil. Die Thomasische Meynung vertheidigt *Walch* in controvers. p. 526. ed. III. sqq. die Huberische *Chr. Gottl. Weidlich* de custodia rei alienae immobilis non deposito, sed mandato, (Lips. 1732.) §. 5 sqq. Daß man im Römischen Recht keine Spur vom deposito rei immobilis findet, ist richtig. Allein daraus läßt sich nicht mit Gewißheit schließen, daß es den Römern ganz unbekannt gewesen sey.

§. 780. Grundsätze dieses Contracts.

Die Grundsätze bey diesem Contract sind: 1) er wird unentgeltlich geschlossen. 2) Man giebt dem depositario nicht das Eigenthum, ja nicht ein-

mal das Recht, die Sache zu gebrauchen, sondern nur den Besitz mit der Verbindlichkeit, die Sache zu bewahren. 3) Der Nutzen ist daher bloß auf Seiten des Deponenten, die Beschwerlichkeit auf Seiten des Depositars.

§. 781. Das depositum wird unentgeltlich geschlossen.

Wenn also 1) Jemand meine Sache nicht unentgeltlich bewahrt, so ist es kein depositum, sondern ein Miethcontract, im Fall ich ihm Geld für diesen seinen Dienst verspreche; und ein contractus innominatus, wenn ich mich zu etwas anderm anheischig mache. Hingegen 2) durch ein honorarium, durch eine freywillig geleistete, vorher nicht versprochene Belohnung, wird die Natur des depositi nicht geändert.

§. 782. Ein Betrug macht den Depositar ehrlos.

3) Wenn ich einem ein depositum gebe, so halte ich ihn für einen rechtschaffenen und gegen mich freundschaftlich gesinnten Mann. Handelt er dieser guten Meynung zuwider, und betrügt mich, so wird er ehrlos. Dahin gehören die Fälle, wenn er die deponirte Sache vorsetzlich verdirbt, verkauft, mir das depositum gänzlich abläugnet, die Zurückgabe ohne alle Ursache verweigert. Da in Deutschland nur der infam wird, den der Richter durch eine Sentenz ausdrücklich für einen Betrüger erklärt (§. 62.), so wird auch nur in diesem Falle der Depositar ehrlos.

§. 783. Darf der Depositar die Sache gebrauchen?

4) Der Depositar soll nur auf die Sache Achtung geben, sie nicht gebrauchen. Gebraucht er sie dennoch, so begeht er ein sogenanntes *furtum usus* (§. 1024.). 5 Zuweilen wird aber dem Depositar der Gebrauch verstattet. Dieß geschieht entweder ausdrücklich, oder stillschweigend. Stillschweigend verstatte ich, nach der Verordnung des Römischen Rechts den Gebrauch, wenn ich Geld offen, das heißt, unversiegelt, unverschlossen, deponire. In beyden Fallen ist ein unregelmäßiger Hinterlegungscontract (depositum irregulare) vorhanden. Dieses hört zwar nicht auf depositum zu seyn (*[1]); es nähert sich aber doch andern Contracten; nimmt doch einige Eigenschaften von andern Contracten an. Nemlich a) wenn ich einem eine fungible Sache deponire, so nähert es sich dem Darlehn, und es heißt, *depositum irregulare,* in strengem Verstande. Gebe ich b) eine nicht fungible Sache in depositum, und verstatte dem Depositar einen unbestimmten Gebrauch, so hat es Aehnlichkeit mit dem precario. c) Ist der Gebrauch bestimmt und unentgeltlich, so kommt der Contract dem Commodat nahe ([2]). d) Dem Miethcontract nähert sich das Geschäft, wenn der Depositar für den Gebrauch ein gewisses Geld verspricht, und endlich e) einem ungenannten Contract, wenn etwas anders als Geld versprochen wird.

(1) L. 25. §. 1. D. depositi. *Hunn.* resolut. p. 709. *Cocceii* iur. controv. tit. depositi quaest. 1.

(2) *Berger* oec. iur. lib. 3. tit. 2. §. 9. not. 1. pag. 433. Anderer Meynung sind *Lauterb.* colleg. th. pr. tit. deposit. §. 2. *Reinharth* ad *Christin.* vol. 3. obs. 22. n. 7. sqq. Sie glauben, daß das depositum in diesem Fall nicht irregulär werde. Der Streit betrifft blos Worte.

§. 784. Welche culpa wird im depositum prästirt, und wer trägt den Unglücksfall?

6) Da der Deponent allen, und der Depositar keinen Nutzen hat, so leistet jener culpam levissimam, dieser nur latam (*1). Ausnahmen dieser Regel sind: a) wenn sich Jemand ein Depositum anzunehmen erbietet. Jetzt muß er culpam levissimam leisten. Indessen schränkt man diese Ausnahme doch billig dahin ein, daß, wenn ich aus Mitleid einem, der seine Sachen sonst nicht unterbringen kann, anbiete, sie in Verwahrung zu nehmen, ich zur Leistung der culpae levissimae nicht verbunden sey. b) Wenn dem depositario ein bestimmter Gebrauch der deponirten Sache erlaubt ist. Auch hier muß der depositarius, wie ein commodatarius, culpam levissimam leisten. Andere machen noch mehr Ausnahmen, die aber dergleichen wirklich nicht sind. 7) Der Deponent ist und bleibt Eigenthümer. Wenn daher die deponirte Sache durch einen Zufall zu Grunde geht, so muß er den Schaden tragen; ausgenommen a) wenn das depositum irregulär, und zwar ein solches ist, das sich dem Darlehn nähert (§. 783. 5.); b) wenn der Depositar die Sache nicht zu rechter Zeit wieder zurückgiebt, und dieser Verzug an dem Untergang der Sache mit Schuld ist; c) wenn der Depositar sich anheischig macht, für die Unglücksfälle zu stehen.

(1) Nicht levem in concreto, wie *Beyer* ad Pand. tit. depos. §. 10. sqq. behauptet. Eine berühmte Stelle in dieser Materie ist L. 32. D. depositi. Celsus sagt: quod Nerva diceret, latiorem (d. i. latam) culpam dolum esse, Proculo displicebat (und mit Recht, denn culpa lata und dolus sind wesentlich verschieden), mihi verissimum videtur (in gewissem Verstande kann man es in einigen Fällen wohl behaupten, dahin gehört folgender Fall): Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est (wenn Jemand ein sehr nachläßiger Mensch ist), nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat (und er nicht einmal so viel Aufmerksamkeit auf die deponirte Sache wendet, als auf seine eigne, er begeht also culpam latam in abstracto, levem in concreto), fraude non caret. Nec enim salva fide minorem iis (den deponirten Sachen) quam suis rebus, diligentiam praestat. *Diet. Rung* diss. de culpa in abstracto et concreto (Goett. 1751.) cap. 1. p. 15 sqq. In dieser Dissertation wird S. 21. die Gebauerische Erklärung der L. 32. (dieselbe, die ich gegeben habe) angeführt, und dabey gesagt, daß sie in Gebauers Dictaten über Ludovici Pandecten stehe. Da diese Dictaten noch an mehrern Orten im Manuscript vorhanden seyn müssen, so ersuche ich bey dieser Gelegenheit die Besitzer, die Handschrift, wenn anders der Rechtsgelehr-

samkeit damit ein Dienst geschieht, wie zu glauben ist, durch den Druck bekannt zu machen.

§. 785. Das depositum ist entweder simplex oder miserabile.

Ein depositum wird entweder in einer dringenden Gefahr gegeben, oder nicht. Jenes heißt *miserabile*, bey Andern *necessarium*, dieses *simplex*, oder nach Andern *voluntarium*. Also depositum miserabile ist, z. E. wenn ich bey einer Wassers-, Feuers-, Kriegsgefahr meine Sachen flüchte, und sie bey einem Bekannten in Verwahrung gebe. Das miserabile ist von dem gemeinen darin verschieden, daß in jenem der dolus des Depositars mit der Strafe des doppelten Ersatzes bestraft wird (*1). Wenn ich nemlich einem ein depositum miserabile gebe, er es mir nachher boshafter Weise abläugnet, und ich ihn überführe: so muß er mir es doppelt ersetzen. Dieß hat bey dem gemeinen deposito nicht Statt. Der Grund der Verschiedenheit liegt darin, weil es weit schändlicher und strafbarer ist, ein depositum miserabile, als ein anderes abzuläugnen, und weil man bey solchen dringenden Gefahren meistens nicht im Stande ist, sich eine Bescheinigung vom Depositar geben zu lassen, auch wohl gar vergißt, wem man eine Sache aufzuheben gegeben hat. Heutigestages fallen alle Pönalklagen weg (§. 1127.); daher kann auch im gegenwärtigen Fall nur auf die einfache Ersetzung des Schadens geklagt werden.

(1) Nach den Zwölftafelgesetzen mußte jeder Depositar, der das depositum abläugnete, das Doppelte ersetzen. Der Prätor schränkte aber dieß auf das depositum miserabile ein. *Schulting* thes. controv. dec. 58. th. 6.

§. 786. Vom sequestro.

Eine Gattung des depositi ist die Sequestration. Man versteht darunter die Deposition einer im Proceß liegenden Sache, welche mit dem Beding geschieht, daß die Sache dem Sieger zurückgegeben werden soll. Also sie setzt a) voraus, daß über die Sache Proceß geführt wird (*1), ferner b) daß man diese Sache einem Dritten in Besitz giebt, und zwar c) so lange, bis der Proceß zu Ende ist. Alsdann soll sie dem, welcher gewonnen hat, herausgegeben werden. Der, welcher eine solche Sache in Verwahrung bekommt, heißt der Sequester.

Die Sequestration ist von den übrigen Gattungen des Depositums sehr verschieden. 1) Das depositum geschieht mit Einwilligung des Deponenten; das sequestrum hingegen zuweilen gegen den Willen des Besitzers. Ich sage zuweilen. Der Regel nach ist es verboten, gegen den Willen des Besitzers die Sache, worüber gestritten wird, zu sequestriren. Denn während des Processes muß der im Besitz bleiben, der darin war. Man darf den Proceß, wie die Juristen sagen, nicht von der Execution anfangen. Indessen giebt es Fälle, wo eine solche Sequestration erlaubt ist. Dahin gehört, a) wenn zu befürchten

ist, daß der Besitzer mit der Sache die Flucht ergreifen, oder b) die Sache, z. E. die streitige Erbschaft, verschwenden werde, so daß am Ende kein Gegenstand für die Execution vorhanden seyn würde. c) Wenn man befürchtet, daß es während des Processes zwischen den Partheyen zu Thätlichkeiten kommen, und einer den andern mit Gewalt im Besitz stöhren wird. Wenn z. E. zwey Nachbarn über ein Landgut processiren, und während dieses Streites schon mehrmalen einander blutige Köpfe geschlagen haben: so kann der Richter das Landgut bis zu ausgemachter Sache sequestriren. d) Wenn der Besitzer die Sache, z. E. den im Streit befangenen Wald dergestalt zu behandeln anfangt, daß man voraus sieht, er werde ihn bis zum Ausgang des Streits gänzlich ruiniren. e) Das cap. 14. X. de sponsal. giebt auch folgenden Fall an. Mehrere behaupten, daß sich eine Weibsperson mit ihnen verlobt habe; jeder prätendirt das Vorrecht vor dem Andern, und der eine befürchtet, daß der Andere die Braut entführen, und mit Gewalt zur Frau machen möge. Hier soll nach Vorschrift des angeführten Capitels die Weibsperson an einem sichern Ort bis zum Ausgang des Prozesses sequestrirt werden. 2) Das depositum verpflichtet den Depositar, nur die Sache in Verwahrung zu haben, darauf Acht zu geben. Der Sequester hingegen hat oft auch die Administration der Sache; z. E. wenn ein Landgut, ein Wald u. dgl. sequestrirt ist.

(1) L. 110. D. de verb. signif. L. 17. pr. D. depositi. Wenn kein Proceß vorhanden ist, indessen Zwey etwas bey einem Dritten niederlegen, daß er es in einem gewissen Fall einem von ihnen zurückgeben soll; so nennt Ulpian den Depositar quasi sequestrem, L. 18. D. de praescript. verb. — Das sequestrum wird hier von der Seite behandelt, da es eine Gattung des depositi ausmacht. Es können aber auch unter jener Benennung ganz andere Contracte (§ 790.) vorkommen, und bisweilen wird auch eine gewisse Anordnung des Richters darunter verstanden. Ueberhaupt bezeichnet der Ausdruck sequestrum oder sequestratio eine Verfügung, wodurch ein Object, welches streitig ist, oder woran Jemand Ansprüche macht, zur Sicherheit des Berechtigten der Aufsicht oder Verwahrung eines Dritten anvertraut wird. Dies kann geschehen theils durch Vertrag der Partheyen (sequestrum voluntarium), theils auf Geheiß des Richters (necessarium). Nach Verschiedenheit der Form, da der Dritte die Sache bald umsonst, bald gegen eine Vergeltung übernimmt; nach der Beschaffenheit dieser Vergeltung, welche theils in baarem Gelde, theils in andern Gegenleistungen bestehen kann, und je nachdem ihm entweder bloße Aufbewahrung oder auch zugleich Verwaltung übertragen wird, kann das sequestrum bald depositum, bald ein Mandatscontract, bald locatio conductio operarum, bald ein ungenannter Contract seyn, wie die Vergleichung desselben mit den besondern Begriffen dieser einzelnen Geschäfte näher ergeben muß. In vorkommenden Fällen ist es natürlich jedesmal nach den Grundsätzen des Contracts zu behandeln, wohin es eigentlich gehört. Daß das Object desselben nicht gerade immer eine res litigiosa im eigentlichen Verstande, d. i. worüber ein Proceß geführt wird, seyn dürfe, erhellt aus L. 17. pr. D. depositi und L.

22. §. 8. D. soluto matrimon. etc. Ganz genau scheint die vorhin angeführte Deutung L. 18. D. de praescr. verb. mit den Worten des Gesetzes nicht übereinzustimmen. Man s. übrigens *Leyser* spec. 177. m. 1. ꝛc. *A. F. Trendelenburg* de sequestratione curatius finienda. Helmst. 1766. und Hugo Civil. Magaz. I. 3. 264. W.

§. 787. Klagen aus diesem Contract.

Aus dem Depositum entstehen zwey Klagen; die eine ist wesentlich, die andere zufällig. Jene heißt *actio depositi directa*, diese *contraria*.

§. 788. Von der directa.

Die actio depositi directa wird angestellt vom Deponenten und seinen Erben, gegen den Depositar oder dessen Erben, und geht dahin, daß der Depositar dieselbe Sache, die er bekommen hat (rem in specie) mit allem, was dazu gehört (cum omni causa) herausgeben, und den ihr dolo oder culpa lata zugefügten Schaden ersetzen soll. Dieser Klage kann 1) keine exceptio compensationis entgegengesetzt werden. Wenn ich nemlich eine fungible Sache, z. E. 1000 Thaler bey einem deponirt hätte, und er mir die Zurückgabe aus dem Grund verweigern wollte, weil ich ihm 1000 Thaler aus einem andern Fundament, z. E. einem Kauf schuldig sey, die beyderseitige Schuld sich also gegen einander aufhübe: so würde diese Exception unstatthaft seyn. Er muß mir das Depositum herausgeben, und alsdann seine Forderung gegen mich einklagen. Der Grund dieser Verordnung ist, weil man das depositum als etwas sehr heiliges ansah, und es daher für unerlaubt hielt, sich der Restitution einer deponirten Sache durch irgend einige Ausflucht entziehen zu wollen. (S. auch §. 979. Num. 6.) Auch 2) die exceptio doli mali hat nicht Statt. Sie ist im Grunde die eben angeführte exceptio compensationis, nur anders eingekleidet. Wenn nemlich der Depositar sagen wollte, du hast 1000 Thaler bey mir deponirt, bist mir aber 1000 Thaler aus einem Kauf schuldig: du handelst also betrüglich, daß du das depositum zurückforderst: du giebst zu erkennen, daß du mich hintergehen willst. Eben so wenig kann sich 3) der Depositar von seiner Schuldigkeit, die deponirte Sache herauszugeben, dadurch befreyen, daß er ein dingliches Recht darauf prätendirt. Wenn ich z. E. eine Uhr bey einem deponirt hätte, und sie zurückverlangte; er aber behauptete, die Uhr gehöre ihm, sey ihm einst gestohlen worden; er sey also nicht schuldig, sie herauszugeben: so würde auch diese Ausflucht ohne Wirkung seyn. Er muß die Uhr herausgeben, und nun kann er die rei Vindication anstellen. Eine Ausnahme leidet dieser Satz, wenn der Depositar sogleich erweisen kann, daß er, und nicht der Deponent Eigenthümer der Sache sey (*[1]). 4) Nicht einmal das Retentionsrecht findet bey dem deposito Statt. Wenn ich nemlich dem Depositar etwas schuldig bin, so ist er nicht einmal befugt,

die deponirte Sache so lange zurück zu halten, bis ich meine Schuld abgetragen habe. Wegen der offenbaren Billigkeit aber läßt doch der Gerichtsbrauch das ius retentionis alsdann zu, wenn der Depositar a) Schaden bey dem Depositum gelitten (S. den folg. §.); b) solche Kosten auf die deponirte Sache verwendet hat, um welcher willen ihm die actio depositi contraria zustehet. Man sehe ebenfalls den folgenden Paragraph (*[2]).

(1) L. 13. D. depos. L. 11. pr. C. eod. *Boehmer* de act. sect. 2. cap. 8 § 29. Doch ist dieser Satz nicht außer Zweifel. S. *Leyser* spec. 153. med. 2.

(2) *Vinnius* quaest. sel. lib. 1. q. 51. *Stryk* V. M. tit. depos. §. 9. *G. L. Boehmer* diss. de iure retention. §. 8. in elect. iur. civ. vol. 2. p. 628. *Hering* diss. de retentione in deposito licita, sect. 2. §. 23. 24. 25. 26.

§. 789. Von der contraria.

Hat der Depositar die Sache herausgegeben, ohne das Retentionsrecht wegen seiner an den Deponenten habenden Forderungen auszuüben: so muß er zu der actione depositi contraria seine Zuflucht nehmen. Diese stellt er also an: 1) wenn er durch die Schuld des Deponenten Schaden gelitten hat. Z. E. wenn ich einem einen Hund in Verwahrung gebe, nicht sage, daß er beißt, und dem Depositar oder den Seinigen dadurch Schaden zugefügt wird; 2) wenn der Depositar auf die deponirte Sache Kosten verwendet hat; nur müssen sie entweder zur Erhaltung der Sache nothwendig, oder mit Vorwissen und Einwilligung des Deponenten gemacht worden seyn.

§. 790. Klagen, die aus der Sequestration entspringen.

Wenn der Proceß geendigt ist, und der Sequester die Sache nicht freywillig an den Sieger herausgiebt: so kann dieser die actionem sequestrariam directam gegen jenen anstellen, daß er die sequestrirte Sache mit allem, was dazu gehört, herausgebe; also auch Rechnung über Einnahme und Ausgabe ablege, wenn er dergleichen gehabt hat. Die actio sequestraria contraria hingegen wird vom Sequester gegen den Sieger angestellt, wenn er Auslagen gethan, oder Schaden gehabt hat. Hat er nicht blos die Verwahrung, sondern auch eine Verwaltung gehabt (§. 786. 3.), so kann er dafür einen Lohn fordern, und daher actione locati klagen (*[1]). Merkwürdig ist, daß die actio sequestraria von dem Sieger und gegen den Sieger angestellt wird, wenn er gleich nicht derjenige ist, welcher dem Sequester die Sache übergeben hat. Z. E. wenn ich mit A. Proceß über einen Garten habe, den Garten dem B. in sequestrum gebe, und den Proceß verliere, so stellt A. jene Klage gegen B., oder auch B. gegen ihn an. Die Ursache liegt darin: wenn A. gleich den Garten nicht sequestrirt hat, so nehmen doch die Gesetze an, daß er in die Sequestration, als eine ihm nützliche Handlung gewilligt, also mit contrahiret habe (*[2]).

(1) Joh.

(1) Joh. Ludw. Schmidts Lehrbuch von Klagen, §. 806. (Zweyte Ausg.).

(a) Und so ist auch Paullus zu verstehen, wenn er in der L. 6. Depos. sagt: proprie autem in sequestre est depositum, quod *a pluribus* in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur. Eine Verbesserung dieser Stelle (nemlich *sequestro est positum* statt in sequestre est depositum) schlägt *Ernesti* ad Tac. Ann. III. 71. vor.

§. 791. Vom Pfandcontract.

Das Wort Pfand hat, wie wir oben (§. 712.) gehört haben, dreyerley Bedeutungen. Man versteht darunter ein Recht, eine Sache, und einen Contract. Hier nehmen wir es in der letzten Bedeutung, und verstehen darunter den Realcontract, da ich meinem Gläubiger eine Sache zur Sicherheit meiner Forderung mit dem Beding übergebe, daß er sie nach abgetragener Schuld wieder zurückgeben soll (*1).

(1) Bey den Römern hatte man in ältern Zeiten einen feyerlichen Pfandcontract, wobey vermuthlich aes et libra gebraucht wurde, und welcher *nexus* hieß. *Io. Cannegieter* ad Ulp. fragm. tit. 9. p. 77. sqq.

§. 792. Grundsätze dieses Contracts.

1) Der Pfandcontract ist also ein accessorischer; denn er setzt voraus, daß ich einem schon zu etwas verbunden bin. 2) Alle Sachen können ein Gegenstand dieses Contractes seyn, welche dem Gläubiger Sicherheit verschaffen. 3) Der Gläubiger soll das Pfand nicht gebrauchen, sondern nur besitzen und bewahren. Der Pfandcontract erfordert also, daß die Sache dem Gläubiger tradirt werde. 4) Dieser Contract gereicht beyden Theilen zum Vortheil. Denn der Schuldner hat davon den Nutzen, daß er Credit erhält, welches ohne Pfand nicht würde geschehen seyn; und der Gläubiger, daß er Sicherheit bekommt.

§. 793. Folgerung aus dem ersten Grundsatz.

Aus dem ersten Axiom folgt: 1) daß dieser Contract nichtig ist, wenn nie eine Schuld vorhanden war, oder die vorhanden gewesene getilgt ist. Man stelle sich den Fall vor, daß Jemand Ansprüche an mich macht, daß ich glaube, sie seyen gegründet; daß ich, um Nachsicht zu erhalten, ein Pfand gebe; daß sich aber nachher zeigt, ich sey nie etwas schuldig gewesen, oder die Schuld sey abgetragen. In diesem Fall ist der Pfandcontract ungültig. Daß die Schuld von den bürgerlichen Gesetzen bestätigt sey, ist nicht nöthig. Denn auch wegen einer blos natürlichen Verbindlichkeit kann ein Pfand gültig gegeben werden; nur muß sie nicht völlig zernichtet seyn (§. 727.). Wenn ich einem also etwas aus einem nudo pacto schuldig bin, und ihm deswegen ein Pfand gebe, so ist der Pfandcontract gültig. Denn die aus einem nudo pacto entstehende Schuld ist zwar eine blos natürliche, aber doch nicht ganz zernichtet. Gesetzt aber, eine Weibsperson ist etwas aus einer Bürgschaft schuldig; sie

giebt dem Gläubiger deshalb ein Pfand. Dieser Pfandcontract ist ungültig. Denn die aus einer Bürgschaft entstandene Schuld der Weibsperson ist eine natürliche ganz destruirte Schuld (*[1]).

2) Sobald die Schuld getilgt ist, kann auch das Pfand zurück gefordert werden. Merkwürdig ist die Verordnung Kaiser Gordians, im Titel des Codex: etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse (VIII. 27.). Sie ist folgenden Inhalts: wenn ich einem mehrere Posten schuldig bin, und nur wegen des einen ein Pfand gegeben habe, so kann ich dieses Pfand doch nicht eher zurück fordern, als bis ich sämmtliche Posten abgetragen habe. Der Gläubiger hat zwar kein Pfandrecht wegen der sämmtlichen Posten, aber das Retentionsrecht steht ihm doch so lange zu, bis er bezahlt ist (*[2]).

(1) Richtiger ist die Lehre vom Pfandrecht wegen blos natürlicher Verbindlichkeiten also vorzustellen. 1) Wenn eine natürliche Verbindlichkeit zur Bezahlung ganz wegfällt, und gleichwohl keine Zurückforderung des einmal Bezahlten Statt findet, so (§. 955.) kann zwar der vermeynte Gläubiger des Pfandes wegen nicht klagen, aber die Zurückforderung der ihm übergebenen Pfandstücke ist unzulässig. Ist hingegen der angebliche Gläubiger schuldig wegen mangelnder Verbindlichkeit die Bezahlung wieder herauszugeben, so kann er auch die Zurückgabe des erhaltenen Pfandes nicht verweigern. Wenn also ein Pfand einer verbotenen Spielschuld wegen gegeben ist, wenn ein erklärter Verschwender, ein Pupill, ein Minderjähriger ohne des Vormundes Einwilligung etwas verpfändet, kann das Pfand zurückgefordert werden. Ist nicht das ganze Versprechen, wofür die Verpfändung geschehen ist, sondern nur die Ueberschreitung einer gewissen Summe unverbindlich, so besteht das Pfandrecht für den gültigen Theil der Hauptschuld. Zum Beyspiele dient der verbotene Wucher, und die Schenkung über 500 Soliden. 2) Die Verpfändung für natürliche in Ansehung der gerichtlichen Wirkung eingeschränkte Verbindlichkeiten ist zwar an sich gültig; es finden aber deshalb nur diejenigen Rechtsmittel Statt, welche dem Gläubiger wegen der Hauptschuld zustehen. Wenn also die Gesetze in gewissen Fällen auf die Bezahlung der Hauptschuld keine Klage verstattet wissen wollen, so kann auch der Gläubiger in solchen Fällen die Pfandstücke nicht mittelst einer Klage verfolgen; vielmehr muß er sich bey den Rechtsmitteln, welche ihm die Gesetze überhaupt wegen der Hauptschuld nachgelassen haben, z. B. dem Retentionsrecht u. s. w. begnügen. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 103. ꝛc.

(2) Auch mein Pfandrecht auf eine Sache kann ich weiter zum Pfand setzen.

§. 794. Folgerungen aus dem zweyten Grundsatze.

Aus dem zweyten Axiom folgt: 1) daß man alle Arten von Sachen verpfänden kann, wenn sie nur dem Gläubiger Sicherheit geben; also sowohl körperliche als unkörperliche. Ich kann einem z. E. den Nießbrauch, ein Zehendrecht (*[1]), eine Schuldforderung (*[2]) verpfänden. 2) Sowohl bewegliche als unbewegliche. Gewöhnlicher ist es zwar, daß man die unbeweglichen Sachen nur verhypotheciret; sie können aber doch auch oppignoriret wer-

den. 3) Ich kann sowohl meine eigene als fremde Sachen verpfänden; nur muß im letzten Fall der Eigenthümer entweder voraus einwilligen, oder nach geschehener Verpfändung seine Genehmigung ertheilen (*3). 4) Hingegen Sachen, welche kein Gegenstand des Commerzes sind, können nicht verpfändet werden; also freye Menschen, z. E. meine Kinder, kann ich nicht verpfänden (§. 737.). Auch 5) Sachen nicht, welche im Proceß liegen. Denn während des Processes soll keine Neuerung mit dessen Gegenstand vorgenommen werden, soll alles im bisherigen Zustand (statu quo) bleiben.

(1) Realservituten können indessen ohne das Gut nicht verpfändet werden. L. 11. §. ult. D. de pignor. Doch s. man *Schulting* thes. controv. dec. 78. th. 8. und *Casp. Achat. Beck* diss. de oppignoratione servitutum, Ien. 1729.

(2) Die Verpfändung einer Schuldforderung ist nach dem Civilrecht nicht gültig; aber der Prätor nahm sie in Schutz. L. 18. pr. D. de pign. act.

(3) *Christ. Gottl. Gmelin* commentatio de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit, Ulm 1768. 8.

§. 795. Folgerungen aus dem dritten Grundsatz.

Aus dem dritten Grundsatz folgt, daß es eine unerlaubte Handlung ist, wenn der Gläubiger das Pfand gebraucht. Zuweilen wird dieß indessen ausdrücklich erlaubt. Giebt man einem insonderheit eine fruchttragende Sache zum Unterpfand, einen Garten, Acker, Wiese u. d. gl. und erlaubt ihm, die Früchte statt der Zinsen zu genießen: d. i. man macht aus, daß der Schuldner keine Zinsen bezahlen, und der Gläubiger statt deren die Früchte des Gutes behalten soll: so heißt der Vertrag *antichresis, pactum antichreticum*, Pfandnutzung (*1).

(1) Dieser antichretische Vertrag wird zuweilen in die Form eines auf Wiederkauf geschlossenen Verkaufs eingekleidet. Georg Jac. Friedr. Meisters practische Bemerkungen 1. Band. 25. Bem.

§. 796. Folgerungen aus dem vierten.

Endlich aus dem vierten Grundsatz folgt, daß in diesem Contract jeder Theil dem andern culpam levem leisten muß. In der berühmten L. 13. § 1. D. de pign. act. heißt es zwar: venit in hac actione (nemlich pignoratitia directa, wie man es gewöhnlich erklärt) et dolus et culpa *ut in commodato*; im Commodat aber wird culpa levissima prästirt (§. 774.); und die Ausleger haben daher mancherley Erklärungen, zum Theil auch Verbesserungen dieser Stelle ausgesonnen (*1). Allein Wieling (*2) behauptet mit Grund, daß unter der *hac actione* nicht die actio pignoratitia, sondern eine andere im Proöminm der Stelle angeführte Klage zu verstehen sey (*3). Ich weiß zwar sehr gut, daß sich gegen diese Meynung noch Einwendungen machen lassen (*4); von Gewicht aber habe ich noch keine gefunden.

(1) S. *Lamprecht* commentat. ad L. 13. D. de pignoratit. act. (Goett. 1750.) *Marckart* probabil. receptar. lect. P. 1. pag. 101. sqq. *Crell* diss. de custodia

et periculo pignoris, (Viteb. 1733.) §. 1. Westphal vom Pfandrecht, S. 79. *Müller* ad *Leyser* obs. 344.

(2) *Wieling* lect. iur. civ. lib. 1. cap. 7.

(3) Nemlich der Fall ist: der Pfandgläubiger verkauft das Pfand, ohne dazu befugt zu seyn, z. E. ehe noch der Zahlungstermin erschienen ist; macht aber mit dem Käufer aus, daß er es dem Schuldner auf sein Verlangen herausgeben solle. Jetzt kann der Schuldner gegen den Käufer entweder die Reivindication oder die actionem in factum anstellen, und in hac actione, sagt das Gesetz, venit et dolus et culpa ut in commodato; billig, denn warum kaufte der Beklagte die Sache, da er wußte, daß sie der Gläubiger zu verkaufen nicht befugt war?

(4) *Marckart* probabil. recept. lect. Part. 1. pag. 101. sqq. *Lamprecht* diss. cit. §. 10. et 19.

§. 797. Von den Klagen, die aus diesem Contract entstehen.

Zwey Klagen entspringen aus dem Pfandcontract, die eine aus seinem Wesen; die andere, wenn zufällige Umstände eintreten. Jene heißt *actio pignoratitia directa*, **Hauptpfandklage**, wie Einige sie nennen; diese *actio pignoratitia contraria*, **Gegenpfandklage**.

§. 798. Von der directa.

Die directam stellt der Schuldner gegen den Gläubiger an, wenn die Schuld getilgt ist, und dieser demohngeachtet das Pfand nicht herausgeben will. Das Gesuch geht dahin, den Beklagten anzuhalten, daß er das Pfand mit allem, was dazu gehört, zurückgeben, und den Schaden ersetzen soll, den er an dem Pfand culpa lata oder levi zugefügt hat.

§. 799. Von der contraria.

Die contrariam hingegen der Gläubiger gegen den Schuldner, wenn er 1) nöthige Kosten, d. i. solche, die zur Erhaltung der Sache erforderlich waren, auf das Pfand verwendet hat. **Meliorationskosten**, oder solche, welche die Sache verbessern, aber doch zu ihrer Erhaltung nicht nothwendig waren, kann er alsdann nur fordern, wenn sie dem Schuldner nicht lästig sind, d. i. wenn er sie bequem erstatten kann, oder der Schuldner in deren Aufwand eingewilliget hat (*1). 2) Wenn der Gläubiger Schaden durch culpam levem des Schuldners erlitten; oder 3) der Schuldner eine ihm nicht eigene Sache verpfändet, der Gläubiger also eine andere Sache substituirt haben will. 4) Wenn der Schuldner die Sache nicht tradirt, die er zu verpfänden versprochen hat. Z. E. Jemand verspricht mir ein Kästchen mit Diamanten zu verpfänden, zeigt es mir vor, versiegelt es, und schiebt nun betrüglich ein anderes leeres Kästchen unter. 5) Wenn der Gläubiger dem Schuldner das Pfand zum Gebrauch auf eine Zeitlang leihet, und dieser es nach dem Gebrauch nicht freywillig zurückgiebt.

Man verwirre also die hypothecarische Klage nicht mit der pignoratitia directa und contraria. a) Die hypothecarische entsteht aus dem Pfandrecht, sie ist also eine Realklage; die actiones pignoratitiae hingegen entspringen aus dem Pfandcontract, sind Personalklagen. b) Die hypothecarische stellt der Gläubiger gegen jeden Besitzer auf die Abtretung des Pfands oder Bezahlung der Schuld an; die pignoratitiam directam hingegen stellt der Schuldner gegen den Gläubiger auf die Zurückgabe des Pfandes an, und die contrariam der Gläubiger gegen den Schuldner auf Schadloshaltung (*2).

(1) *Leyser* sp. 155. 156.

(2) Doch muß man wissen, daß in unsern Gesetzen auch die hypothecarische Klage zuweilen pignoratitia heißt. Man s. L. 3. §. 3. D. ad exhib. L. 9. in fin. pr. D. quib. mod. pign. solv. L. 41. D. de pignor. act. 7. §. 12. in fin. D. commun. div.

§. 800. Von den unbenannten Contracten.

Im Text der Institutionen wird von den unbenannten Contracten gar nicht gehandelt. Hier ist daher diese Lücke ausgefüllt. Die unbenannten Contracte haben vier Gattungen; do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias. Ich habe diese Gattungen schon im 749. §. erklärt, und merke hier nur an: 1) Der contractus do ut facias ist von dem andern facio ut des blos darin unterschieden: in dem Contract do ut facias wird zuerst die Sache gegeben, und nun folgt erst das Factum. Hingegen in dem Contract facio ut des wird zuerst das factum gethan, und nachher die Sache gegeben.

2) Einige unbenannten Contracte haben einen Namen (§. 802.), andere haben keinen, und verschiedene Juristen theilen deswegen die unbenannten Contracte in reguläre und irreguläre ein. Irreguläre sollen die seyn, welche einen Namen haben, reguläre, welche keinen haben. Allein diese Distinction ist ganz unnütz. Es scheint freylich parador, daß ein Contract ein unbenamter heissen soll, der doch einen Namen hat. Indessen nennen die Römischen Juristen nun einmal dergleichen Contracte innominatos, und wissen von jener Distinction nichts (vergl. jedoch §. 802. Note 6.).

§. 801. In den unbenamten Contracten konnte man pönitiren.

Etwas besonders ist bey den contractibus innominatis, daß der, welcher eine Sache vermöge eines solchen Contracts dem Andern gegeben hat, pönitiren kann; das heißt, er ist befugt, vom Contract wieder abzugehen, und die gegebene Sache durch eine Klage zurück zu fordern, welche condictio causa data, causa non secuta heißt. Der Grund liegt vielleicht darin: in den Realcontracten entsteht die obligatorische Kraft blos aus der Erfüllung des Contractes. Wer die Erfüllung des Contracts annimmt, der ist verbunden. Wenn ich also

allein von meiner Seite den Contract erfüllt habe: so ist der Andere verbunden, ich nicht; ich kann folglich wieder abgehen, der Andere nicht (*1). Will ich abgehen, so stelle ich, wie gesagt, condictionem causa data, causa non secuta an, und fordere meine Sache zurück (§. 957.). Will ich hingegen den Contract halten, so klage ich actione praescriptis verbis, und bitte, den Beklagten zur Erfüllung des Contracts oder zur Leistung des Interesse anzuhalten (*2).

Allein ist es denn wohl heutigestags erlaubt, in einem unbenamten Contracte zu pönitiren? Viele glauben, es gehe an (*3). Die richtige Meynung aber ist, daß es der Regel nach nicht erlaubt sey. Denn alle Verträge haben bey uns dieselbe Wirkung, wie die Stipulation bey den Römern. Nun konnte aber einer, der etwas vermittelst einer Stipulation versprochen hatte, nicht pönitiren (*4). Indessen giebt es Ausnahmen. Dahin gehört, a) wenn ich einem etwas mit dem Beding gebe, daß er mir binnen gewisser Zeit etwas dagegen leisten solle, und er diese Zeit verstreichen läßt, jetzt aber die Erfüllung des Contracts keinen Nutzen mehr für mich hat (*5); b) wenn der Andere ausser Stand ist, sein Versprechen zu erfüllen, das interesse auch sich nicht wohl bestimmen und in Geld anschlagen läßt. Z. E. ich gebe einem etwas, damit er eine gewisse Person heyrathe, und diese schlägt ihn aus (*6). c) Wenn dem Vertrag die Clausel beygefügt ist, daß er unverbindlich seyn soll, wofern ihn einer oder der Andere nicht binnen gewisser Zeit erfülle.

Von der Klage, welche bey den unbenannten Contracten Statt fand, condictione causa data, causa non secuta, s. man unten §. 957.

(1) Was *Hommel* rhapsod. obs. 413. n. 5. p. 572. hiergegen einwendet, läßt sich aus der Anmerk. §. 747. Not. 6. beantworten.

(2) Die actio praescriptis verbis, welche auch actio in factum, in factum civilis, incerti, incerti civilis, praescriptis verbis incerti heißt, hat entweder ihren Namen daher, quia datur iuxta verba conventionis literis praescripta, oder quia misso nomine actionis certaque formula rei gestae seriem exponit et praescribit. *Schulting* thes. controv. dec. 74. th. 4 sqq. wo auch noch verschiedene wissenswürdige Anmerkungen über die eigentliche Natur dieser Klage zu finden sind.

(3) Man sehe *Alef* diss. de eo quod iust. est circa poenitentiam in contractibus innominatis; (in dieb. academ. n. 10.) cap. 4.

(4) *Berger* Oec. iur. lib. 3. tit. 6. §. 6. n. 3. *Wernher* p. 2. obs. 380. n. 45. *Pufendorf* tom. 1. obs. 40. §. 4. *Reinharth* ad *Christin.* IV. 68. *Iac. Frid. Ludovici* diss. de effectu poenitentiae, cap. 2. §. 24. *Io. Frid. Hertel* diss. de poenitentia in contractu innominato hodie locum non inveniente, Ien. 1733. *Io. Frid. Wahl* progr. de permutatione pacto displicentiae vallata. §. 4.

(5) *Pufendorf* l. c. §. 6.

(6) *Hommel* l. c.

§. 802. Von drey besondern unbenamten Contracten.

Einige unbenamte Contracte verdienen eine besondere Betrachtung. Der:

gleichen sind 1) der *contractus aestimatorius*, Trödelcontract (*[1]). Man versteht darunter den Contract, da ich einem eine Sache gebe, um sie zu verkaufen; sie zu einem gewissen Preise anschlage, und ihm erlaube, entweder mir diesen Preis zu bezahlen, oder die Sache wieder zu geben. Es ist also eine Art von Verkauf, bey welchem aber dem Käufer erlaubt ist, die Sache selbst zurück zu geben. Gestritten wird darüber, ob der Trödler, das heißt, der, welchem die Sache zum Verkauf gegeben wird, Eigenthümer derselben werde? Ich glaube, daß man dieß verneinen muß. Denn 1) gebe ich dem Trödler die Sache nicht in dieser Absicht; 2) geht bey dem Kauf das Eigenthum nicht eher über, als der Kaufschilling bezahlt ist; 3) ist der Trödler befugt, die Sache wieder zu bringen, und 4) trägt er die Gefahr nicht, außer wenn er mich gebeten hat, ihm die Sache zu geben (*[2]); weil er in diesem Fall die Gefahr stillschweigend übernommen hat (*[3]).

2) *Permutatio*, der Tausch. Wenn ich einem etwas gebe, daß er etwas dagegen geben soll, so heißt es contractus do ut des (*[4]). In diesem Contract kann ich dem Andern die Sache selbst, ich kann ihm aber auch nur den Gebrauch der Sache geben. Ich kann einem die Sache geben, daß er mir eine andere dagegen gebe; allein ich kann sie ihm auch mit der Bedingung geben, daß er diese oder eine andere Sache einem Dritten gebe. Eine Gattung dieses Contracts do ut des ist die *permutatio*. Was aber die Classiker unter diesem Worte eigentlich begriffen haben, ist gar nicht ausgemacht. So viel ist wohl gewiß, daß es nicht permutatio ist, wenn ich einem blos den Gebrauch einer Sache für seine Sache gebe; auch nicht, wenn ich einem eine Sache gebe, damit er eine andere einem Dritten gebe. Aber über die genauere Bestimmung des Begriffes *permutatio*, und über den Unterschied der Permutation von andern Gattungen des Contractes do ut des, ist viel geschrieben und gestritten worden (*[5]). Glücklicher Weise hat der Streit gar kein practisches Interesse in unsern Gerichten.

3) Der *contractus suffragii*. Suffragium heißt hier ein Vorwort bey dem Landesherrn für einen Andern. Contractus suffragii also ist, wenn ich einem, der um den Landesherrn ist, einem Höflinge (aulico), etwas gebe, daß er für mich ein Vorwort einlege, meine Angelegenheit dem Landesherrn empfehle. Er setzt übrigens voraus, a) daß der aulicus nicht ohnehin Amts wegen verbunden ist, die Sache dem Landesherrn zu empfehlen; b) daß nicht von einer Beförderung zu einem obrigkeitlichen Amt, sondern von einer andern Angelegenheit die Rede sey. Denn der Höfling, der in einem oder dem andern Falle ein Geschenk nimmt, handelt unerlaubt (*[6]).

(1) *Io. Ern. Floercke* diss. de contractu aestimatorio, tamquam contractu nominato (Hal. 1756.) behauptet, dieser Contract sey ein benamter, denn er

wirke eine von ihm benannte Klage, actionem aestimatoriam. L. 1. pr. de aestimator. Allein dieß ist keine ihm eigene, sondern die allgemeine Klage, actio praescriptis verbis. Da bey uns die Reue in den unbenannten Contracten nicht erlaubt ist, so kommt auf die Sache gar nichts an.

(2) L. 17. §. 1. D. de praescript. verb.

(3) *Cocceii* iur. controv. tit. de aestimat. Quaest. 2. *Emminghaus* in not. ad eund. ibique cit. DD. *Stuhlmann* diss. de dominio per contractum aestimatorium ante solutionem pretii in accipientem non translato. Goett. 1770. *Hofacker* princ. iur. civ. §. 2055. Anderer Meynung ist *I. H. Boehmer* diss. de domin. translat. in contract. aestimat. §. 7. sqq. Exerc. ad P. vol. 3. p. 545. sqq. Man sehe aber dagegen L. 5. §. 18. D. de tribut. act. L. 1. §. 1. D. de aestimator.

(4) *Bynkershoek* lib. 6. obs. cap. 24. *Io. van Neck* diss. ad l. ult. D. de cond. caus. dat. in *Oelrichs* thesaur. nov. diss. Belgicar. vol. 2. part. 2. p. 383. sqq. *Schulting* thes. controv. dec. 74. th. 7. Gewöhnlich wird bey dem contractu do ut des nicht Geld für Sache gegeben. Denn wenn das geschieht, so ist es ein Kauf. Allein nach der Lehre des Celsus L. ult. D. de condict. caus. dat. kann Geld für Waare gegeben werden und der Contract doch kein Kauf seyn. Man s. unten § 878, Anmerk. 1.

(5) *Cocceii* iur. controv. tit. de rer. permutat. Quaest. 9. edit. *Emminghaus*. *Walch* introduct. in controv. iur. civ. III. 5. 4. 3.

(6) Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 67. N. 6. — Noch ist überhaupt in Ansehung der in diesem §. vorgetragenen Geschäfte zu bemerken, daß sie, als Contracte betrachtet, im Römischen Rechte auch wirklich keine eigne Benennung haben, und daß daher der Begriff eines ungenannten Contracts, so wie ihn die Natur der Sache an die Hand giebt (§. 749. Not 2.) durch sie keine Aenderung leide. 1) Beim Tauschgeschäfte sind die Abstufungen zu unterscheiden: a) Das gegenseitig angenommene Versprechen, für eine Sache eine andere geben zu wollen — pactum de permutando — dieß ist ein bloßer Vertrag, pactum nudum, und gehört also noch nicht hieher. Bey uns würde man dieß freylich schon einen Tauschcontract nennen. b) Wenn bereits einer der Contrahenten sein Versprechen durch Uebergabe der Sache erfüllt hat, der andere aber noch nicht. Hier ist es dem Römischen Civilrechte nach nichts anders, als der ungenannte Contract do ut des, noch keine wirkliche permutatio im genauem Verstande. c) Wenn beyde Contrahenten die versprochenen Sachen wirklich gegen einander ausgewechselt haben; dieß ist permutatio, Austauschung im eigentlichen Sinne, wodurch aber natürlich kein Contract, der eigentlich jetzt ganz aufgehört hat, sondern vielmehr die gänzliche Erfüllung oder Vollendung des Handels angedeutet wird. Man muß also nur die eigentliche und uneigentliche Bedeutung des Worts unterscheiden, gerade so, wie der Ausdruck donatio eigentlich die wirkliche Weggabe der Sache, uneigentlich aber den vorangehenden Vertrag andeutet, um sich für irrigen Vorstellungen zu hüten. Hiernach ist die Frage: wie sind do ut des und permutatio verschieden? wohl sehr leicht beantwortet. Jenes ist der ungenannte Contract, diese die beyderseitige Erfüllung desselben. 2) Der Ausdruck: contractus aestimatorius kommt im ganzen Römischen Rechte nirgend vor, sondern immer nur die Umschreibung; si rem aestimatam tibi dedero etc. Desto unrichtiger

ist

ist es also, wenn die Rechtsgelehrten ihn als Beyspiel der seltsamen Idee eines ungenannten Contracts, der aber doch einen Namen hätte, anführen. 3) Eben dieß gilt auch von dem Empfehlungscontract. In den Römischen Gesetzen kommt weder der Ausdruck contractus suffragii, noch das Wort suffragium in der Bedeutung eines Contracts vor, wohl aber die weitläuftige Umschreibung: si qui desideria sua explicare cupientes, ferri sibi a quoquam *suffragium* (Vorwort oder Empfehlung) postulaverint. L. un. C. de suffragio. Die Sache ist entweder pactum nudum, oder der ungenannte Contract: do ut facias etc. Man s. Reichhelm in der (§. 749. Not. 2.) angeführten Schrift. Dieser sucht auch noch aus L. 7. §. 1. D. de pact. und L. 5. §. 3. L. 16. §. 1. D. de praescript. verb. zu zeigen, daß die ungenannten Contracte, welche als solche eine Civilklage bewirken, sich nur auf die Formen do ut des, und do ut facias einschränken, daß hingegen die andern beyden Formen: facio ut des, und facio ut facias als Contracte an sich keine Civilklage hervorbringen, sondern nur in so fern, als sie sich auf andere benannte Contracte beziehen lassen, oder actione doli klagbar sind! W.

TIT. XVI.

DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

§. 803. Was ist ein Verbalcontract.

Ein Realcontract erhält seine verbindliche Kraft dadurch, daß er von einem der Contrahenten erfüllt wird, ein Verbalcontract durch die feyerlichen Worte, vermittelst deren er geschlossen wird. Ein jeder Vertrag konnte dadurch obligatorisch gemacht, in einen Contract umgeschaffen werden, wenn man ihn in eine Formel einkleidete. Man gieng nemlich zu einem Rechtsgelehrten, trug ihm den Inhalt des Vertrags vor, und ließ sich ein dazu passendes Formular entwerfen; dieß recitirten die Contrahenten, und nun war der Vertrag obligatorisch, war ein Verbalcontract.

§. 804. Gattungen dieses Contracts.

In den ältern Zeiten hatte man drey Gattungen von Verbalcontracten. Der erste war *solennis dotis dictio;* wenn der Schwiegervater dem Schwiegersohn eine Brautgabe versprach. Der zweyte *promissio operarum a liberto facta*. Ein Freygelassener war seinem Patron operas officiales, aber keine fabriles schuldig. (§. 82.) Zuweilen versprach indessen der Freygelassene auch operas von der letzten Art, und bestätigte sein Versprechen durch einen Eyd. Jetzt war er sie zu leisten schuldig. Merkwürdig ist, daß der Eyd in diesem Fall eine äußerliche Verbindlichkeit, eine Verbindlichkeit in den Gerichten (in foro) eine Klage wirkte, welches sonst in keinem Fall geschah (*¹). Ein anderes pactum, welches an und für sich keine Klage producirte, wurde darum nicht verbindlicher, wenn es beschworen wurde. Der dritte ist die Stipulation. In den neueren Zeiten kamen die beyden ersteren dieser Contracte ab, die Sti-

pulation allein blieb in Uebung. Daher handelt Justinian von dieser allein in den Institutionen.

(a) *Caii* instit. lib. 2. tit. 9. §. 4. Uebrigens sind in dieser Materie manche Dunkelheiten, die mir auch durch das, was *Donell.* in comment. iur. civ. lib. 2. cap. 18. *Ant. Faber* in coniectur. lib. 20. cap. 18. und *Malblanc* in doctrin. de iureiurando p. 319. sqq. sagen, noch nicht aufgeklärt scheinen.

§. 805. Von der Stipulation.

Das Wesen der Stipulation besteht darin, daß ich den Andern frage, ob er mir etwas leisten wolle, und daß er passend und sogleich darauf antwortet. Man konnte also die Stipulation bey allen Contracten anbringen. Wenn ich einem z. E. etwas abkaufte, so konnte man den Kaufcontract durch eine Stipulation bestärken. Ich fragte den Verkäufer, ob er mir die Waare überlassen wolle; er antwortete passend und sogleich darauf, daß er es thun wolle. Nun fragte er mich, ob ich ihm den Kaufschilling bezahlen wolle, und auch ich gab sogleich eine passende Antwort. Hauptsächlich aber wurde die Stipulation bey solchen Verträgen gebraucht, welche an sich selbst pacta nuda waren, und daher ohne diese Bestätigung keine Klage producirten.

Noch ist zu bemerken, 1) daß stipulari, in eigentlichem Verstande genommen, nicht versprechen heißt, sondern sich versprechen lassen. Daher heißt *stipulans* oder *stipulator* der, welcher sich versprechen läßt. Indessen wird doch stipulari auch zuweilen für versprechen gebraucht (*1). 2) Die Stipulation ist ein Unilateralcontract, nur Einer verspricht. Verspricht der Andere dem Ersten auch etwas, so ist es eine doppelte, wechselsweise Stipulation; es sind zwey Contracte.

(1) *Brissonius* de verb. signif. voc. stipulari.

§. 806. Erfordernisse desselben.

Die Stipulation erfordert 1) eine Frage und eine darauf passende Antwort. Das heißt, die Antwort muß eben das enthalten, was in der Frage begriffen ist. Wenn ich frage: dabisne mihi equum, und er sagte: dabo bovem, so war die Antwort nicht passend (*1). 2) Die Antwort muß sogleich erfolgen. Dieß hat einen doppelten Grund. Der erste, welcher bey allen Verträgen Statt findet, ist: die Einwilligung der Paciscenten muß zu gleicher Zeit vorhanden seyn. Wenn ich den A. heute frage: willst du die Schuld meines Schuldners B. völlig auf dich nehmen? und er erst morgen mit ja antwortet: so kann es seyn, daß ich mich während dieser Zeit anders besonnen habe; daß ich den A. nicht statt des B. zum Schuldner haben will. Ein zweyter, den Stipulationen eigener, Grund ist: die Stipulation ist ein feyerliches Geschäft, welches auf Einmal (uno actu) geschehen muß (*2). 3) Sowohl die Frage als Antwort muß mündlich geschehen; die Contrahen-

ren müssen also einander gegenwärtig; sie müssen auch nicht taub oder stumm seyn. Die Frage und Antwort mußte aber endlich 4) in feyerliche Worte, verba *civilia, legitima, directa* eingekleidet werden (*3). Von diesen Formeln sind uns wenige mehr bekannt. Eine steht in der L. 50. D. de verb. obligat. Wenn ich einem eine Erbschaft verkaufte, so fragte der Käufer: quanta pecunia ad te ex hereditate illa pervenerit, dolove malo tuo factum est eritve, quo minus perveniat, tantam praestabis? Kayser Leo hat die sollennen Formeln bey der Stipulation für unnöthig erklärt und verordnet, daß eine Stipulation mit jeden beliebigen Worten solle eingegangen werden können. Außerdem bemerke man noch: 5) da die Stipulation gebraucht wurde, theils um bloße pacta verbindlich zu machen, theils um Contracte, die schon obligatorisch waren, noch mehr zu bestärken, und die Prästationen noch genauer zu bestimmen (§. 805.), so setzt jede Stipulation eine causam praecedentem voraus, und ist nicht verbindlich, wenn diese causa injusta ist (*4).

(1) Wenn indessen der stipulator in die unpassende Antwort willigte, und der Vertrag als ein Consensualcontract gelten konnte, so galt er. So ist Paulus in der L. 35. §. 2. D. h. t. zu verstehen, wo es heißt: si tamen consentitur in id, quod responsum est, valet, quod actum est. Quia hi contractus non tam verbis, quam consensu confirmantur. *Marckart* probabil. recept. lect. part. 1. pag. 163. sqq.

(2) *Goeddaeus* de contrah. stip. p. 266. sqq. – vergl. jedoch L. 137. pr. und L. 1. §. 1. D. de V. O. Ob eine Stipulation galt, wenn der Promissor mehr oder weniger in die Antwort brachte, als in der Frage enthalten war, z. E. dabisne mihi decem, dabo viginti, oder dabisne viginti, dabo decem, davon s. *Vinn.* ad §. 5. I. de inutil. stip. n. 2. ibique *Heinecc.*

(3) Meine Gründe sind: a) jede Frage: willst du mir das leisten, mit der Antwort, ich will es leisten, konnte nicht als Stipulation gelten; denn wo wird ein Vertrag geschlossen, ohne daß solche Fragen und Antworten vorkommen? b) Wenn in dem schriftlichen Vertrage stand: rogavit Titius, spopondit Mevius, so war daraus noch nicht mit Gewißheit auf eine geschehene Stipulation zu schließen, wie Ulpian L. 7. §. 12. de pact. sagt. Diese Worte können auch ein bloßes pactum bedeuten. c) Jede Frage und jede Antwort kann doch nicht *verba sollennia, conceptio verborum* heißen, die *Paull.* sent. II. 4. V. 7. bey der Stipulation erfordert. d) Die Stipulationen konnten anfangs nur lateinisch, nicht griechisch, abgefaßt werden. *Bach* ad *Brisson* de form. p. 537. Endlich e) weiß ich mir die Constitution des Leo L. 10. C. de contr. stip. (VIII. 38.) und den §. 1. I. h. t. nicht zu erklären, wenn ich nicht annehme, daß zur Stipulation noch etwas mehr, als Frage und Antwort erforderlich gewesen sey. Justinian sagt: sed haec sollennia verba olim quidem in usu fuerunt, postea autem Leoniana constitutio lata est, quae verborum sollennitate sublata, sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, quibuscunque tandem verbis expressum est. Und

Leo: omnes stipulationes, etiamsi non *sollennibus* vel *directis*, sed *quibuscunque verbis* consensu contrahentium compositae sunt, vel legibus cognitae, suam habeant firmitatem. (§. 811.) Wenigstens mußte die Frage durch eine Formel geschehen, bey der Antwort war eine Formel nicht wesentlich nothwendig L. 1. §. 2. D. de V. O.

(4) L. 2. §. 3. D. de dol. mal. et met. except L 15. pr. D. de fidejussor. *Vinn.* ad pr. l. h. t. n 5. *Schulting* ad *Paull.* lib. 5. tit. 7 §. 1.

§ 807. Sie ist entweder certa oder incerta.

Wenn der Gegenstand der Stipulation völlig bestimmt ist, so, daß es nicht vom Versprechenden abhängt, etwas Besseres oder Schlechteres zu leisten; also wenn ich mir eine bestimmte Sache, ein individuum, oder, wie die Juristen sagen, eine speciem; desgleichen wenn ich mir eine Summe Geld, z. E. 100 Thlr. versprechen lasse, so heißt es *stipulatio certa* oder *certi*. Ist hingegen das Object nicht so genau bestimmt, ich lasse mir ein genus, z. E. eine unbestimmte goldene Uhr, ein unbestimmtes Reitpferd oder auch ein factum versprechen, so heißt es stipulatio *incerta* oder *incerti*.

§. 808. Die Stipulation ist entweder pura, oder conditionata, oder sub die.

Man kann sich auf dreyerley Art versprechen lassen, 1) unter einer Bedingung; 2) mit Beyfügung einer Zeit; 3) ohne Beysatz einer Zeit oder Bedingung. Daher ist die Stipulation entweder *conditionata* oder *sub die concepta*, oder *pura*. Die stipulatio sub die ist entweder *in diem*, oder *ex die* (§. 742.). Wenn ich mir etwas auf eine gewisse Zeit (in diem) stipulirte; z. E. zehen Jahre lang alljährlich 100 Thaler, so konnte ich es nach dem strengen Rechte ewig, auch nach Ablauf der gesetzten Zeit fordern. Wenn ich mich nur auf gewisse Zeit, z. E. auf ein Jahr verbürgt hatte, so mußte ich allezeit haften. Den Grund dieser sonderbaren Verordnung begreife ich nicht. Man führt zwar an, tempus non est modus tollendi obligationes, oder wie Justinian §. 3. h. t. sagt: *ad tempus non potest deberi.* Was heißt aber das (*1)? Der Prätor sah auch das Unvernünftige dieser Sache ein, und gab daher dem Schuldner, wenn er nach Ablauf der gesetzten Zeit noch belangt wurde, exceptionem doli mali oder pacti conventi.

Noch eine Distinction der Stipulation kann ich nicht übergehen. Einige neuere Juristen theilen sie in *veram* und *fictam* ein. Nemlich die Ehefrau kann ihr Eingebrachtes actione ex stipulatu zurückfordern, ob sie sich gleich die Zurückgabe nicht stipulirt hat. Die Stipulation, welche in diesem Fall von den Gesetzen fingirt wird, nennt man stipulationem fictam oder interpretativam (*2).

(1) *Gundling.* in Gundlingian. part. 15. num. 4. bemüht sich zwar der Sache einen vernünftigen Anstrich zu geben, aber mit welchem Glücke, mögen Andere beurtheilen.

(2) *Melch. Dethm. Grollmann* diss. de stipulatione interpretativa, Giess. 1710.

§. 809. 810. Von der actione ex stipulatu.

Die Stipulation ist ein einseitiger Contract; der eine Theil läßt sich nur vom andern versprechen (*1). Daher entsteht aus der Stipulation auch nur Eine Klage, die actio ex stipulatu. Sie heißt übrigens actio ex stipulatu certi, wenn man auf ein individuum oder auf eine Quantität klagt; actio incerti, wenn man ein genus oder ein factum fordert. Der stipulans, das heißt, der, welcher sich hat versprechen lassen, oder sein Erbe, stellt sie an gegen den Promissor oder dessen Erben, daß er die versprochene Sache geben, das versprochene factum thun soll.

(1) Indessen glaube man nicht, daß der stipulans durch eine Stipulation nie zu etwas verbunden werde. Nein, in manchen Fällen wird er es auch. Wenn ich z. E. einen frage, willst du das, was du mir aus einem Kauf schuldig warst, aus einem Darlehn schuldig seyn, und er mit ja geantwortet, so entsteht aus dieser Stipulation auch für mich, den stipulantem eine Verbindlichkeit, die Schuld nicht mehr als einen Kaufschilling zu fordern.

§. 811. Deutsches Recht.

Obgleich Kaiser Leo die sollennen Formeln bey der Stipulation abgeschafft hat, so kam darum doch die Stipulation nicht ab, der Unterschied zwischen Stipulationen und nudis pactis hörte nicht auf (*1). Denn die Stipulation unterschied sich noch immer von andern Verträgen durch die ihr wesentliche mündliche Frage, und darauf sogleich erfolgende passende Antwort, die beyde in der Absicht zu stipuliren gethan und gegeben wurden (*2). In Deutschland aber hat man nie von Stipulationen etwas gewußt; hat auch dieselben mit dem Römischen Recht nicht recipirt. Im gemeinen Leben braucht man zwar das Wort stipuliren statt versprechen häufig genug; allein die Römische feyerliche Stipulation ist darum nicht gewöhnlich. Bey uns bringt, wie wir oben (§. 747.) gehört haben, jeder Vertrag, der nicht besonders in den Gesetzen für ungültig erklärt ist, eine Klage hervor.

(1) Wie *Leyser* sp. 39. med. 5. glaubt.

(2) *Voorda* elector. cap. 21. p. 198. *Vryhof* obs. p. 33. *Müller* ad *Leyser* obs. 152.

TIT. XVII.
DE DUOBUS REIS STIPULANDI ET PROMITTENDI.

§. 812. Was heißt in solidum schuldig seyn oder fordern?

Das Römische Recht hat zwey Regeln, welche mit ihren Ausnahmen in diesem Titel erklärt werden. Die erste heißt: mehrere Personen, die zusammen etwas schuldig sind, müssen pro rata, das heißt, jeder muß für seinen Antheil haften. Wenn z. E. einer stirbt, der mir 30 Thaler schuldig

ist, und 3 Erben hinterläßt, so kann ich jeden nur auf 10 Thaler belangen. Die zweyte Regel ist: Mehrere, welche eine und dieselbe Sache zu fordern haben, participiren daran pro rata; das heißt, jeder kann seinen Antheil fordern. Z. E. wenn ich einem 30 Thaler schuldig bin, er stirbt, und drey Erben hinterläßt, so kann mich jeder Erbe nur auf 10 Thaler belangen.

Diese Regeln aber leiden zuweilen ihre Ausnahmen. 1) Zuweilen sind mehrere Personen dergestalt verpflichtet, daß sie auch einzeln für das Ganze d. i. in solidum haften müssen. Wenn aber Einer das Ganze bezahlt hat, so sind der Regel nach die übrigen frey; z. E. drey Personen sind 30 Thaler schuldig, und der Gläubiger kann gegen jeden auf die ganze Summe klagen. Erhält er sie von Einem, so sind die andern von aller Verbindlichkeit los (*). Zuweilen haben 2) mehrere Personen eine Sache dergestalt zu fordern, daß jeder das Ganze verlangen kann; aber wenn er es erhält, die andern nichts mehr prätendiren können, z. E. drey Personen haben 30 Thaler dergestalt von mir zu fordern, daß jeder diese ganze Summe verlangen kann; daß aber, wenn er sie verlangt, und ich sie ihm bezahle, die übrigen keine Ansprüche mehr an mich haben (**).

(*) Ausgenommen, wenn die Forderung eine Strafe betrifft. L. 11. §. 2. D. ad L. Aquil. §. 1016. ꝛc. W.

(**) Solidum heißt überhaupt das ganze Object eines gewissen Rechts und einer gewissen Verbindlichkeit. Natürlich geht also die Forderung eines oder mehrerer Berechtigten, so wie auch die Verbindlichkeit eines oder mehrerer Verpflichteten der Regel nach immer in solidum. Es versteht sich, diese mehrern Theilnehmer zusammengenommen. Soll aber nun auch jeder Einzelne das Ganze fordern, oder darauf belangt werden können, so ist das eine Abweichung von den gleich anfangs im §. bemerkten Regeln. Man druckt aber häufig diese Abweichung sehr unvollkommen aus, wenn man von Mehrern redet, die in solidum etwas zu fordern oder zu leisten haben. Denn damit ist ja nichts weiter, als was eigentlich der Regel nach immer Statt findet, mithin keinesweges das besondere Verhältniß der einzelnen Theilnehmer, worauf es hier ankommt, angedeutet. Wenn die Gesetze die Erben verpflichten, Schulden des Verstorbenen in solidum zu bezahlen, wer wollte dieß so auslegen, daß auch von mehrern Miterben, ein Einzelner auf das Ganze belangt werden könne? Man sehe übrigens hiebey §. 36. I. de act. *Brisson.* de verbor. signif. Art. *Solidum.* W.

§. 813. Was sind correi debendi und credendi.

Mehrere Verpflichtete, deren jeder Einzelner auch für das Ganze haften muß, heißen rei debendi, oder correi debendi. Mehrere Berechtigte, deren auch ein Einzelner das Ganze fordern kann, heißen correi credendi. Eine Forderung, die Mehrern als correis credendi zusteht, heißt eine Correalforderung (bey Einigen obligatio correalis activa). Sind Mehrere corre-

aliter, d. i. auch einzeln in solidum, zu etwas verbunden, so ist es eine Correalverbindlichkeit (obligatio correalis passiva).

Die Anmerkung sagt: reus bedeutet zwar gewöhnlich nur einen, der etwas schuldig ist, und daher scheint es seltsam und widersprechend, daß man hier solche Personen, welche etwas zu fordern haben, correos nennt. Allein bey den alten Lateinern hieß reus überhaupt der Interessent bey einer Verbindlichkeit, er mochte nun Schuldner oder Gläubiger seyn; der Ausdruck correus *credendi* ist also nicht unschicklich.

§. 814. Quellen der Correalforderung und der Correalobligation.

Die Correalforderung gründet sich entweder a) unmittelbar auf das Gesetz, oder b) auf ein Testament, oder sie wird c) durch einen Vertrag festgesetzt. Auf das Gesetz: dahin gehört der Fall, wenn mehrere zusammen mir eine Sache in Verwahrung geben. Denn Jeder von ihnen kann die Sache ganz zurückfordern (*[1]). Auf ein Testament; wenn der Testirer gesagt hätte: dem A. oder B. vermache ich 100 Thaler; denn hier kann A. sowohl als B. die 100 Thlr. ganz verlangen. Durch Verträge wird sie selten festgesetzt, weil ihr Nutzen gering ist.

Die Correalobligation hat vier Quellen. Sie entsteht entweder aus einem **Vertrage**, oder einem **Verbrechen**, oder einem **Testament**, oder unmittelbar aus dem Gesetz. 1) Durch Vertrag kann sie in allen Arten von Geschäften festgesetzt werden, z. E. im Darlehn. Wenn ich zwey Leuten 100 Thlr. leihe, und mir ausbedinge, daß mir jeder für die ganze Summe haften müsse: so ist die Correalobligation festgesetzt. Und dieß ist von großem Nutzen. Denn wenn mir mehrere Personen zusammen eine gewisse Summe schuldig, aber nicht in solidum verbunden sind: so habe ich nicht allein die Beschwerlichkeit, daß ich von jedem, auch wenn er abwesend ist, ausser Land wohnt u. s. w., sein Antheil besonders eintreiben muß; sondern daß auch, wenn einer oder der andere zahlungsunfähig wird, ich Schaden leide. Sind sie hingegen in solidum verbunden, so kann ich von jedem die ganze Summe verlangen; ich brauche also dem Abwesenden nicht nachzugehen; und wenn sie auch Alle bis auf einen einzigen insolvent sind, so verliere ich nichts. 2) Wenn Mehrere mir durch eine unerlaubte Handlung, z. E. Diebstahl, Einschlagung meiner Fenster u. s. w. Schaden thun: so ist jeder verbunden, den Schaden ganz zu ersetzen. 3) Im Testament ist eine Correalverbindlichkeit festgesetzt, wenn der Testator seinen Erben die Auszahlung eines Vermächtnisses befiehlt, und dabey verordnet, daß jeder in solidum haften solle. 4) Auch die Gesetze haben in einigen Fällen unmittelbar eine Correalobligation festgesetzt. Sie verordnen nemlich, a) daß mehrere tutores und curatores dem Pupillen in solidum verhaftet seyn sollen. b) Daß wenn Kaufleute in Gesellschaft han-

deln, und zusammen einen Factor bestellen, oder mehrere Personen in Gesellschaft ein Schiff ausrüsten, und einen Schiffsmeister (magistrum navis) bestellen, jeder aus den Handlungen des Factors oder Schiffsmeisters in solidum belangt werden kann (§. 1146.). c) Wenn ich Mehreren eine Sache in Verwahrung gebe, die sich nicht theilen läßt: so muß jeder Depositar für die ganze Sache stehen. d) Mehrere Bürgen haften in solidum (§. 841.).

(1) L. 1. §. 44. D. depos.

§. 815. Beyde wurden bey den Römern durch Stipulation festgesetzt.

Bey den Römern wurde die Correalforderung und Verbindlichkeit hauptsächlich durch Stipulation festgesetzt. Wenn dieß geschah, so hießen die correi, welche etwas in solidum schuldig waren, *correi promittendi*, und die, welche etwas in solidum zu fordern hatten, *correi stipulandi*.

§. 816. 817. Von den dabey üblichen Formeln.

Die Formel war bey den correis promittendi diese: der Promissar fragte: dabisne mihi mille? und nun antwortete ein Promittent: dabo; der andere: et ego dabo, u. s. w. Hingegen correi stipulandi wurden durch folgende Formel constituirt. Der eine Promissar fragte: spondesne mihi mille, und der andere: spondesne mihi idem mille? Der Promittent antwortete: utrique vestrum dare spondeo. Heutigestags bedient man sich, wenn sich Mehrere in solidum verpflichten wollen, der Ausdrücke: Einer wolle für Alle, und Alle für Einen haften; oder man braucht die lateinischen Worte *in solidum, correaliter.* Wollen sich Mehrere etwas in solidum versprechen lassen, so heißt es: ich verspreche es Allen für Einen und Einem für Alle, oder: ich verspreche es Allen *in solidum.*

§. 818. Natur der Correalverbindlichkeit.

1) Die correi können in solidum, das heißt, jeder kann auf das ganze schuldige Object belangt werden. Justinian hat ihnen aber in der 99. Novelle das *beneficium divisionis* ertheilt, das heißt, wenn ich einen correum auf das Ganze belange, so kann er antworten, hier ist einsweilen mein Antheil, fordere von den übrigen correis auch ihre Antheile; kannst du sie von ihnen nicht erhalten, so will ich den Ueberrest nachzahlen. Man streitet zwar noch darüber, ob allen correis diese Rechtswohlthat zustehe. Allein die richtige Meynung ist doch die bejahende (*1). Indessen wird dabey vorausgesetzt, a) daß die übrigen correi anwesend, und b) im Stande zu bezahlen (solvendo) sind. An einen abwesenden correum kann man den Gläubiger nicht verweisen; auch wenn der eine correus allein bezahlen kann, der andere nicht, so fällt das beneficium divisionis weg. c) Daß die Correalobligation nicht aus einem Verbrechen entstanden ist. Denn wer eine unerlaubte Handlung begeht, kann auf Rechtswohlthaten keinen Anspruch machen. Endlich d) wenn

wenn die correi auf das beneficium divisionis ausdrücklich renuncirt haben, so können sie sich nicht darauf berufen.

2) Sobald ein correus durch Zahlung, durch Compensation u. s. w. die Schuld tilgt, so sind auch die Andern befreyet.

(1) Wie *Pufendorf* tom. 2. obs. 77. zeigt. Viele behaupten, daß Justinian in der Nov. 99. nur die Rechtswohlthat der Theilung den correis ertheilt habe, welche sich wechselsweise für einander verbürgt haben. Dieser Meynung ist z. B. *Heineccius* Pand. part. 7. §. 22. *Zoller* diss. de beneficio divisionis correis debendi non tributo. Lips 1772. *Püttmann* miscellan. pag. 206.

§. 819. Wirkung der Correalforderung.

1) Ein correus credendi kann vom Schuldner das ganze schuldige Object verlangen, und dieser kann nicht sagen, er wolle jedem Gläubiger seinen Antheil geben. Wenn z. E. drey Personen A. B. C. 100 Thlr. in solidum an mich zu fordern haben: so muß ich jedem, der es zuerst verlangt, die ganze Summe bezahlen. 2) Wenn ich aber dem einen correo die Schuld abgetragen habe: so können die übrigen keinen Anspruch mehr an mich machen, denn ich war die 100 Thlr. nur Einmal schuldig (*1).

(1) Ein correus stipulandi kann den Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreyen, nicht nur, wenn er sich von ihm zahlen läßt, sondern auch durch die Acceptilation, Novation, Expromission[?] Ebdesdelation. Auch wenn der Schuldner die Sache einem correo stipulandi anbietet, dieser ohne hinlängliche Ursachen sie anzunehmen sich weigert, und die Sache nachher durch Zufall zu Grunde geht: so ist der Schuldner frey. *Vinn.* ad §. 1. h. t. n. 2.

§. 820. Können die correi sich untereinander belangen?

1) Ein correus debendi, welcher das Ganze bezahlt, giebt nichts mehr, als was er zu geben schuldig ist; daher kann er die übrigen correos nicht belangen, daß sie ihm etwas vergüten, ihr Antheil erstatten sollen (*1); ausgenommen, a) wenn die correi in Gesellschaft stehen; denn was ein Gesellschaftsmitglied für die Societät auslegt, bringt es bey der Societätsrechnung in Ausgabe; b) wenn sich der correus, welcher bezahlt, die Rechte des Gläubigers cediren läßt. Denn aus diesen kann er die übrigen correos belangen. Indessen, wenn er sich auch die Rechte nicht cediren läßt (sagt die Note), so kann er dennoch der Billigkeit wegen, nach der Praxis, actionem negotiorum gestorum utilem anstellen. Denn hätte er nicht bezahlt, so hätten sie bezahlen müssen. Er hat also etwas gethan, was den übrigen vortheilhaft ist, hat ein für sie nützliches Geschäft unternommen (negotia eorum gessit), und kann daher Entschädigung von ihnen fordern. Nur muß die Correalobligation nicht aus einem Verbrechen herrühren. Denn wenn einer von mehreren Delinquenten die Schadensersetzung geleistet hat, so kann er von den andern keine Vergütung verlangen. 2) Ein correus credendi, der sich

das Ganze bezahlen läßt, hat nicht mehr bekommen, als er zu fordern hat. Er ist also nicht schuldig, mit den übrigen zu theilen; ausgenommen, a) wenn die correi in Gesellschaft handeln; denn in diesem Falle muß er das Empfangene in Einnahme bringen; oder b) wenn es unter den correis ausgemacht worden ist, daß, wer die Schuld eincassiren würde, den übrigen ihren Antheil herauszahlen solle.

(1) *Faber* coniect. lib. 11. cap. 6. sqq. *Vinn.* ad §. 1. I. h. t. n. 4. Anderer Meynung ist *Bachov.* in prot. pag. 620. — — Im Ganzen sind über diese Lehre dieses Titels zu vergleichen: *Vincent Dresky* de correali obligat. eiusque effectib. Goett. 1777. und *Ferd. Keller* de obligatione correali Wirceb. 1800. W.

TIT. XVIII. DE STIPULATIONIBUS SERVORUM.

§. 821. Von der Wirkung der Stipulation eines Sklaven.

Ein Sklave ist keine Person, kann nichts Eigenes haben; alles, was er erwirbt, gehört dem Herrn. Wenn er sich daher etwas stipuliret, so bekommt nicht er, sondern sein Herr, ein Recht aus der Stipulation.

Da bey den Römern die Sklaven so häufig waren, so konnten auch ihre Stipulationen nicht selten seyn, und es entstanden dabey mancherley Fragen, die man im Text des gegenwärtigen Titels und im Titel der Pandecten de stipulat. servor. finden kann; die ich aber wegen Mangel des practischen Nutzens billig übergehe.

TIT. XIX. DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

§. 822. 823. Die Stipulationen sind viererley.

Die Stipulationen wurden meistens von den Contrahenten freywillig eingegangen. Zuweilen aber hielt die Obrigkeit einen Bürger an, Caution durch Stipulation zu leisten. Die Stipulationen werden daher in *voluntarias* oder *conventionales*, und *necessarias* abgetheilt. Die necessariae sind dreyerley; einige legte der Prätor selbst auf, andere der iudex pedaneus noch andere wurden nach Verschiedenheit der Umstände bald vom Prätor, bald vom iudice pedaneo auferlegt. Die von der ersten Art heißen *praetoriae*, von der zweyten *iudiciales*, von der dritten *communes*.

Zu den praetoriis werden auch die gerechnet, welche der Polizeydirector (aedilis) auflegte. Dieser hielt zuweilen den Verkäufer eines Thieres an, daß er caviren mußte: animal esse sanum, esse (das ist edere), bibere ut oportet; den Verkäufer eines Sklaven, servum non esse fugitivum, erroneum

etc. Praetoriae waren: cautio damni infecti und legatorum servandorum causa. Iudiciales die cautio de dolo; de persequendo servo, qui in fuga est; de pretio restituendo. Endlich communes, die cautio rem pupilli salvam fore und de rato. Was in der Anmerkung von dem Unterschied des Prätors und Judex steht, will ich §. 1128. erklären (*1).

Die stipulationes praetoriae und iudiciales waren sehr wesentlich verschieden. 1) Die prätorischen wurden der Regel nach durch Bürgen oder Pfänder geleistet, die richterlichen durch ein bloßes Versprechen. Ich sage, der Regel nach. Eine der mehreren Ausnahmen wird §. 824. vorkommen. 2) Die richterlichen Stipulationen waren durchaus *perpetuae*, ihre Wirkung dauerte dreyßig Jahre; die prätorischen hingegen waren zuweilen, in dem Falle nemlich, wo eine Strafe beygefügt war, nur *annales* (*2).

(1) Uebrigens sind hier nicht alle stipulationes praetoriae genannt. Es gab deren mehrere, z. E. cautio iudicatum solvi, cautio usufructuaria. *Cuiac.* ad L. 5 D. de V. O. Die Cautionen, welche vor der Litiscontestation geleistet wurden, waren prätorische, die, so nachher vorkamen, waren judiciale.

(2) *Mynsinger* h. t. n. 11. sqq.

§ 824. Von der cautione de damno infecto.

Die erste prätorische Caution ist die *de damno infecto*. Wenn ein benachbartes baufälliges Gebäude einfällt, und mir Schaden thut, so ist der Eigenthümer nicht schlechterdings verbunden, mir den Schaden zu ersetzen, sondern er hat die Wahl, ob er dieß thun, oder mir die heruntergefallenen Materialien zur Entschädigung überlassen will. Dabey aber kann ich sehr zu kurz kommen; der Schaden kann viel beträchtlicher seyn, als der Werth der Materialien. Ich muß mir also durch die cautionem damni infecti helfen. Bey den Römern zeigte man dem Prätor die Sache an, und dieser befahl dem Besitzer (*1) des Gebäudes, Caution zu stellen. Wenn dieses geschehen war, so mußte er den Schaden ersetzen, und konnte mir die Materialien nicht an Zahlungsstatt geben. Befolgte hingegen der Besitzer den Befehl des Prätors nicht, so setzte mich dieser in den Mitbesitz des Hauses. Das hieß *immissio ex primo decreto*. Bewog dieses Zwangsmittel den Besitzer nicht, die Caution zu leisten, so exmittirte ihn der Prätor gänzlich, und setzte mich allein in die Possession. Dieses hieß *immissio ex secundo decreto*. Zu bemerken ist: 1) daß der Besitzer des baufälligen Hauses, wenn er nicht Eigenthümer war, die Caution de damno infecto durch Bürgen leisten mußte, anstatt, daß sie der Eigenthümer durch ein bloßes Versprechen leistete (*2). 2) Daß diese Caution nur auf eine gewisse Zeit geleistet wurde, z. E. auf den Fall, wenn das Haus innerhalb eines Jahres einstürzen würde. War diese Zeit verflossen und das Haus stand noch, war aber noch immer baufällig, so konnten die Nachbarn aufs neue um die Cautionsleistung bitten (*3).

Heutigestags ist die immissio ex primo et secundo decreto als ein sehr unschickliches Zwangsmittel gar nicht gewöhnlich. Hat Jemand ein baufälliges Gebäude, und die Nachbarn beschweren sich: so giebt die Obrigkeit einen Befehl zur Reparatur. Dieß befolgt entweder der Besitzer, oder nicht. Im letzten Fall veranstaltet entweder die Obrigkeit die Reparation, und treibt die Kosten executivisch ein, oder verkauft das Gebäude mit dem Beding, daß es der Käufer reparire; oder sie verkauft es auf Abbruch, oder läßt es selbst abbrechen (*4).

(1) Dieser war entweder Eigenthümer, oder hatte ein anderes ius in re; loco domini habebatur, wie Heineccius sagt; das heißt, er hatte ein Pfandrecht, oder den Nießbrauch, oder eine Realservitut.

(2) L. 7. pr. L. 13. pr. §. 1. L. 15. §. 2. L. 30. §. 1. D. de damn. infect.

(3) L. 15. pr. eod.

(4) *Titius* in iur. privat. lib. 3. cap. 19. §. 21. behauptet, daß heutigestags der Besitzer eines baufälligen Hauses den durch Einsturz den Nachbarn zugefügten Schaden schlechterdings, wenn er auch keine Caution geleistet habe, ersetzen müsse, welches der Vernunft freylich gemäß ist. Allein Andere, z. E. *Thomasius* in not. ad Pand. tit. de damno infect. *Stryk* us. mod. eod. tit. §. 2. *Hellfeld* iurispr. for. §. 1682. vertheidigen die Gültigkeit des Römischen Rechtes. — — Man sehe übrigens zur nähern Erläuterung der Sache selbst und der hiebey vorkommenden Rechtsmittel, *Westphal* de libert. et servitut. praed. §. 200. rc. J. L. Schmidt von gerichtl. Klagen u. Einred. §. 1229. rc. *C. F. Walch*. pr. de stipulatione damni infecti nomine interposita, dessen zweyte Abtheilung sich besonders mit Erklärung des eigentlichen Grundes der L. 24. §. 12. D. de damno infecto beschäftigt. Dieser Grund dürfte indeß doch wohl am kürzesten in dem Satze: wer sich seines Rechts bedient, braucht keinen Schaden Anderer zu verantworten, anzutreffen seyn, ohne ihn weiter zu suchen (vergl. L. 26. D. eod. *Westphal* l. c. §. 6.). Die venae putei — Brunnen Adern — welche in cit. L. 24. §. 12. vorkommen, werden in einer Recension der Walchischen Schrift nicht schicklich durch Brunnenröhren (fistulae) übersetzt. W.

§. 825. Cautio legatorum nomine.

Wenn mir Jemand ein Vermächtniß unter einer Bedingung oder von einer gewissen Zeit an verläßt, so muß ich die Erfüllung der Bedingung oder den Ablauf der Zeit abwarten. Gesetzt aber, ich muß befürchten, daß bis dahin der Erbe alles aufgezehrt haben, und mir das leere Nachsehen bleiben werde. In diesem Fall kann ich von dem Erben Caution verlangen, daß er mir zu seiner Zeit das Vermächtniß auszahlen wolle, und diese heißt *cautio legatorum servandorum causa*. Ein Gleiches hat Statt, wenn einem Legatar auferlegt ist, mir ein Vermächtniß zu bezahlen, und ich befürchten muß, darum zu kommen.

§. 826. Cautio de dolo.

Die Fälle, wo die Caution *de dolo* vorkommen kann, sind mancherley (*1).

So oft nemlich im Proceß eine Gefährde zu besorgen ist, so kann man diese Caution verlangen. Z. E. ich führe mit Jemand Proceß über einen Wald, den er besitzt; er fängt während des Processes an, mit dem Walde dergestalt umzugehen, daß ich befürchten muß, er wird ihn bis zum Ausgang des Streits gänzlich ruiniren. Unter diesen Umständen kann ich cautionem de dolo fordern; ich kann aber auch um Sequestration der Sache bitten (§. 786.).

(1) *Goeddaeus* commentar. de contrah. et committenda stip. cap. 5. n. 202. führt viele davon an.

§. 827. Cautio de persequendo servo.

Wenn ich durch eine richterliche Sentenz angewiesen worden war, einen Sklaven herauszugeben; dieser aber die Flucht ergriff: so mußte ich Caution leisten, daß ich ihn aufsuchen lassen wollte; und diese heißt *cautio de persequendo servo.* Daß diese Caution bey uns wenig oder gar nicht vorkommen könne, fällt in die Augen.

§. 828. Cautio de pretio restituendo.

Wenn ich Jemanden eine Servitut verspreche, so muß jeder meiner Miterben für die ganze Servitut haften (§. 351. Num. 3.); daher kann bey der Erbvertheilung jeder Miterbe von den übrigen Caution fordern, daß sie auf den Fall, wenn er auf die ganze Servitut belangt, und zu deren Bestellung condemnirt werden wird, ihn schadlos halten wollen (1).

(1) Ich habe mit unserm Autor die Caution de persequendo servo und de pretio restituendo als zwey verschiedene Cautionen vorgetragen. Ob aber dieß dem Sinne Justinians gemäß sey, ist eine andere Frage, oder vielmehr keine Frage. Im §. 1. h. t. heißt es: iudiciales (cautiones) sunt duntaxat, quae a mero iudicis officio proficiscuntur, veluti de dolo cautio, vel *de persequendo servo, qui in fuga est, restituendove pretio.* Nach diesen Worten, zumal wenn man des Theophilus Paraphrase dazu nimmt, ist die Caution de persequendo servo restituendove pretio ein und dieselbe. Wenn nemlich der mir zugesprochene Sklave ohne Schuld des Besitzers entflohen ist, so muß dieser mir Caution stellen, daß er den Sklaven aufsuchen, und wenn er ihn finden würde, ihn entweder von dem Besitzer vindiciren, und mir überliefern, oder den Werth bezahlen wolle. S. *Cuiac.* obs. lib. 27. cap. 28.

§. 829. Cautio rem pupilli salvam fore, und de rato.

Was die cautio rem pupilli salvam fore sey, haben wir oben (§. 232.) gehört. Der Vormund muß nemlich den Pflegbefohlnen Sicherheit stellen, daß er ihr Vermögen wohl verwalten, und nach geendigter Vormundschaft alles Vorhandene treulich herausgeben wolle. Die cautionem de rato bestellt ein Bevollmächtigter, der keine ordentliche Vollmacht hat. Wenn ich nemlich im Gericht für einen Andern als Bevollmächtigter erscheinen will, so muß ich eine nach der Vorschrift der Gesetze errichtete Vollmacht beybringen. Gesetzt aber, ich habe dergleichen nicht, so muß ich Caution stellen, daß mein

Principal (der, für den ich erscheine) alles, was ich in seinem Namen thue, genehmigen werde (§. 1177).

§. 830. Von den Conventionalstipulationen.

Die stipulationes conventionales waren sehr mannichfaltig. Denn allen Contracten konnte man zu mehrerer Bekräftigung eine Stipulation beyfügen. Sie heißen conventionales, weil sie sich auf eine freywillige Verabredung der Interessenten gründen, anstatt daß die praetoriae und iudiciales von der Obrigkeit befohlen werden.

§. 831. Vom heutigen Gebrauch dieser Materie.

1) Bey uns hat der Unterschied zwischen der prätorischen und Judicialstipulation keinen practischen Nutzen; denn wir haben die Römische Verfassung, den Unterschied zwischen Prätor und Judex nicht; 2) die vorhin beschriebenen Cautionen kommen größtentheils (*1) bey uns auch vor, aber sie werden nicht durch Stipulationen, durch Formeln, sondern mit gemeinen, *beliebigen* Worten, mündlich oder schriftlich geleistet. Wenn es zur Sicherheit dessen, der die Caution fordert, nöthig ist, so muß der Cavent auch wohl sein Vermögen, ganz oder zum Theil verhypotheciren.

(1) Ich sage größtentheils, denn man sehe §. 824. und 827.

TIT. XX.

DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

§. 823. Erste Art von ungültigen Stipulationen.

Da die Stipulationen eine Gattung der Verträge sind, so fordern sie 1) alles das zu ihrer Gültigkeit, was jeder Vertrag nöthig hat, wenn er verbindlich seyn soll. Die Eigenschaften eines gültigen Vertrags sind §. 733. 734. 735. 736. 737. und 738. erklärt worden. Alle diese wurden auch zu einer gültigen Stipulation erfordert. Wenn sie diese nicht hatte, so hieß sie *stipulatio inutilis.*

§. 833. Zweyte Art.

Allein es giebt auch 2) Stipulationen, welche zwar die Erfordernisse eines Vertrags überhaupt, aber nicht insonderheit die Erfordernisse einer Stipulation haben. Auch diese sind *inutiles.* Dahin gehört, a) wenn die Antwort nicht zur Frage paßt; z. E. ich fragte: willst du mir 1000 Thlr. leihen, und der Andere antwortete: ich will dir 500 leihen. Oder ich fragte unbedingt, er antwortete mit einer Bedingung. b) Wenn die Contrahenten nicht gegenwärtig waren, und daher die Fragen und Antworten einander durch Briefe oder Boten bekannt machen. Denn es war schlechterdings nothwendiges Erforderniß bey der Stipulation, daß der Andere meine Frage aus meinem Munde, und ich aus dem seinigen die Antwort selbst hörte.

Endlich 3) waren auch manche Stipulationen ungültig, weil sie mit den alten subtilen Rechtsprincipien nicht vereinbar waren. Dergleichen war a) die Stipulation, wenn mir Jemand versprach, etwas nach meinem oder seinem Tode zu leisten. Denn es war Grundsatz: eine Verbindlichkeit kann nicht bey dem Erben ihren Anfang nehmen (obligationes et actiones, quae non coeperunt a defuncto vel contra defunctum, a persona heredis vel contra eum incipere non possunt). Aus eben diesem Grunde war auch b) die Stipulation: ich will dir etwas leisten den Tag vor meinem Tode (pridie quam moriar); oder: den Tag vor deinem Absterben (pridie quam morieris), ungültig. Denn man kann diesen Tag, dieses pridie nicht eher gewiß wissen, als nach dem Tode des Promittenten (*1). Justinian aber hat diese Stipulationen für gültig erklärt (*2). Weiter c) galten die stipulationes *praeposterae* nicht, wenn es z. B. heißt: si navis cras ex Asia venerit, hodie dare spondes? Denn hier sollte eine Verbindlichkeit eher entstehen, als die Bedingung erfüllt war, da doch bey bedingten Stipulationen die Verbindlichkeit von dem Ausgang der Bedingung abhängt. Nach Justinians Verordnung (*3) sollen aber auch diese Stipulationen, und zwar als bedingte gelten.

(1) §. 12. I. h. t.

(2) L. 11 C. de contr. stip. (VIII. 38.). Denn er hat das obengedachte alte Princip aufgehoben. L. un. C. ut act. ab hered. (IV. 11.) §. 738. (1).

(3) §. 13. I. h. t. ibique *Vinn.*

TIT. XXI.

DE FIDEIUSSORIBUS.

§. 834. Uebergang zu gegenwärtiger Materie.

Wir haben bisher von den Stipulationen gehandelt. Nun wurden aber die Bürgschaften bey den Römern alle durch Stipulationen geleistet. Daher kommen die Verfertiger der Institutionen auf die Lehre von der Bürgschaft.

§. 835. Was ist ein Bürge?

Ein Bürge (fideiussor, sponsor, adpromissor) ist eine Person, welche eine fremde Verbindlichkeit durch Stipulation und ohne Novation übernimmt. Also 1) der Bürge übernimmt eine fremde Verbindlichkeit. Man nennt diese Verbindlichkeit *obligationem principalem*, und den, der sie auf sich hat, *debitorem principalem*, Hauptschuldner. 2) Er übernimmt sie durch eine Stipulation; und zwar 3) ohne Novation; das heißt dergestalt, daß der Hauptschuldner nicht befreyet wird.

Drey Geschäfte sind also mit der Bürgschaft nicht zu verwirren: das *constitutum alienum*, das *mandatum qualificatum* und die Expromission. Wenn ich eine fremde Schuld ohne Stipulation durch gemeine Worte (nudis

verbis) übernahm, so hieß das Geschäft constitutum alienum (§. 846.). Mandatum heißt ein Auftrag, eine Commission. Man sehe §. 918. wo eine bestimmtere Erklärung vorkommen wird. Dieser Auftrag besteht entweder darinn, daß ich Jemand ersuche, einem Dritten auf meine Gefahr zu creditiren; ich bitte den A., daß er dem B. borge, und verspreche dafür zu haften, oder in etwas Anderm. Im ersten Fall heißt es *mandatum qualificatum*, im letztern *simplex*. Das qualificatum kommt darin mit der Bürgschaft überein: wer einen solchen Auftrag giebt, der *mandator*, muß haften, so gut wie ein Bürge. Der Unterschied liegt blos darin: der mandator bittet mich, einem Dritten zu creditiren, und verspricht zugleich für die Schuld zu haften, der Bürge thut diese Bitte nicht (*1). Endlich Expromission ist der Vertrag, da man die Verbindlichkeit eines Andern auf sich nimmt, dergestalt, daß dieser gänzlich davon befreyet wird (novando). Man sehe den §. 989. Der Unterschied dieses Vertrags und der Bürgschaft ist also offenbar.

(1) Ausführlich handelt von diesem Unterschied *Voorda* elector. cap. 7.

§. 836. Axiomen von der Bürgschaft.

Die Grundsätze bey der Bürgschaft sind: 1) die Bürgschaft ist ein Vertrag, und zwar eine Stipulation. 2) Sie ist ein wichtiges, männliches und Civilgeschäft. Ein wichtiges Geschäft, denn wenn der Hauptschuldner nicht bezahlt, so muß der Bürge haften. Ein männliches, denn Weibspersonen können sich nicht verbürgen. Endlich ein Civilgeschäft, weil Soldaten, auch gewissermaßen Geistliche, keine Bürgschaft leisten können (*1). 3) Sie ist ein accessorischer Contract (§. 752.). 4) Der Bürge wird nur in subsidium verpflichtet; er kann fordern, daß man den Hauptschuldner zuerst ausklage; das heißt, ihn belange, und die Sache bis zur Execution treibe.

(1) So nimmt Heineccius den Ausdruck negotium civile. Aber Paullus in der L. 1. §. 1. ad SCt. Vellejan. und überhaupt die Classiker haben sich das dabey nicht gedacht. *Iac. Gothofred.* ad L. 2. D. de reg. iur.

§. 837. Wer kann sich verbürgen?

Die Bürgschaft ist ein Vertrag; sie kann also 1) nur von solchen Personen geleistet werden, welche durch Verträge über ihr Vermögen disponiren können; also nicht von Blödsinnigen, Rasenden, Kindern, oder der Kindheit noch nahen Personen (infantiae proximis). Auch erklärte Verschwender, Unmündige und Minderjährige können ohne Einwilligung ihrer Vormünder sich nicht verbürgen. Taube und Stumme konnten nach Römischem Recht nicht Bürge werden, weil sie keine Stipulation schließen konnten, und die Bürgschaft durch Stipulation geschah (§. 806. Num. 3.). Heutigestags aber können sich dergleichen Personen verbürgen, wenn sie nur im Stande sind, ihre Gedanken auszudrucken.

§. 838.

§. 838. Fortsetzung.

2) Die Bürgschaft ist ein männliches und Civilgeschäft; Weibspersonen können sie nicht leisten (*1). Dieß ist zuerst durch den Vellejanischen Rathsschluß festgesetzt worden. Er verbietet die Intercessionen (*2) aller Weibspersonen überhaupt. In der Novelle 134. Cap. 8. und der daraus gezogenen Auth. si qua mulier Cod. ad SCtum Vellejan. wird die Intercession einer Ehefrau für ihren Mann, und zwar noch stärker verboten, als im SCto Velleiano geschehen war. Nemlich a) eine Intercession für den Ehemann ist ohne Unterschied gänzlich null; hingegen die Intercession für einen Andern nicht immer. Bey dieser ist ein Unterschied zu machen, ob sie in einem öffentlichen und von drey Zeugen unterschriebenen Document geschehen ist, oder nicht (*3). Im letzten Falle ist sie ganz nichtig, so daß die Weibsperson nicht nöthig hat, sich auf den Vellejanischen Rathsschluß zu berufen; im ersten hingegen ist sie nicht völlig null, sondern die Weibsperson muß die Einrede des Vellejanischen Senatusconsultes anführen, wenn sie von der Klage losgesprochen seyn will. b) Eine Intercession für einen, der nicht der Bürgin Ehemann ist, wird gültig, wenn sie nach zwey Jahren wiederholt wird. Hingegen die Intercession für den Ehemann gilt nicht, wenn sie auch noch so oft wiederholt wird. c) Dem Vellejanischen Rathsschluß kann nach der in der Praxis angenommenen Meynung gültig renuncirt werden, und zwar ohne Eyd. Der Auth. si qua mulier aber kann nach dem Gerichtsbrauch vieler Orten nicht anders als eydlich entsagt werden (*4).

Auch 3) Soldaten können sich nicht gültig verbürgen. Verschiedene Juristen glauben zwar, ein Soldat sey ein gültiger, aber kein guter Bürge, wofern er keine liegende Güter besitze (fideiussor habilis, sed non idoneus); er habe meistens nicht so viel Vermögen, daß man sich an ihm erholen könne. Allein unsre Meynung ist in den deutlichsten Gesetzen (*5) gegründet (*6). Nur fragt sich, ob diese Gesetze in unsern Gerichten gelten. Dieß läugnen Einige (*7); die meisten und angesehensten Rechtsgelehrten aber vertheidigen deren heutige Gültigkeit (*8).

Endlich ist auch 4) die Bürgschaft eines Geistlichen, nach dem Römischen Recht wenigstens in gewissen Fällen ungültig (*9). Nach dem Canonischen Recht ist es streitig, ob ein Geistlicher sich verbürgen könne (*10). Die richtigere Meynung ist die bejahende. Daher sind auch bey den Protestanten die Bürgschaften der Geistlichen verbindlich (*11).

(1) Der Grund des Gesetzes ist, wie Papinian in der L. 2. §. 2. ad. SC. Vell. sagt, *imbecillitas sexus*. Die Gesetzgeber glauben, eine Weibsperson sey zu einer Intercession allzu leicht zu bereden. Man s. Weber Beytr. zur Lehre von Klagen und Einreden. 1. 3.

(2) Also nicht nur die Bürgschaft, sondern jede Intercession einer Weibsperson

ist ungültig. Eine Weibsperson nemlich intercediret für einen Andern, 1) wenn sie zwar in eignem Namen, aber doch zu eines Andern Nutzen contrahiret, z. E. sie läßt bey einem Kaufmann Waaren auf ihr Conto holen, und giebt sie mir; 2) wenn sie eine fremde Schuld durch eine Bürgschaft, constitutum (§. 846), mandatum qualificatum (§. 835) als correa, (§. 813.) oder durch Expromission (§. 989) übernimmt; 3) wenn sie ihre Sachen hergiebt, daß sie zum Nutzen eines Andern verpfändet werden. Doch ist im ersten Fall die Intercession nur alsdann ungültig, wenn der Gläubiger gewußt hat, daß die Weibsperson für einen Andern borgte; und im dritten Fall, wenn er gewußt hat, daß das Pfand der Weibsperson gehöre. L. 11. L. 19. §. ult. L. L. 27. D. ad SCt. Vell. S. *Schulting* thes. controv. dec. 56. th. 7. sqq *Lauterbach.* coll. th. pr. tit. ad SC. Velleian. §. 7. sqq. Die Geschichte des Vellejanischen Rathsschlusses erzählt *Iust. Frid. Ludw. Engelbrecht* diss. ad SC. Velleianum, de historia SC. Velleian. et eius renunciatione generatim. Goett. 1749.

(3) L. 23. C. ad SC. Velleian. (IV. 29.). Ne autem, sind die Worte des Gesetzes, mulieres perperam sese pro aliis interponant, sancimus, non aliter eas in tali contractu posse pro aliis se obligare, nisi instrumento publice confecto, et a tribus testibus subsignato accipiant homines a muliere pro aliis confessionem. Tunc etenim tantummodo eas obligari, et sic omnia tractari, quae de intercessionibus feminarum vel veteribus legibus cauta, vel ab imperiali auctoritate introducta sunt. Sin autem extra eandem observationem mulieres acceperint intercedentes, pro nihilo habeatur huiusmodi scriptura vel sine scriptis obligatio, tanquam nec confecta, nec penitus scripta; ut nec senatusconsulti auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto. Allein es fragt sich, warum erfordert Justinian ein öffentliches, und von drey Zeugen unterschriebenes Instrument? Ist es nicht genug, wenn das Document von der Obrigkeit ausgefertiget ist? Ich halte dieß für hinlänglich. *Stryk* de caut. contract. Sect. 2. cap. 6. §. 12. Röslin von weibl. Rechten, 2. Band, 191. Seite. Eine zweyte Frage ist: redet Justinian von Intercessionen, welche an sich ungültig sind, oder von allen? Es giebt nemlich Fälle, wo die Intercession einer Weibsperson gültig ist, 1) weil der Fall gegen den Vellejanischen Rathsschluß privilegirt ist, wenn nemlich a) eine Weibsperson sich für einen Minderjährigen, b) für den Loslassungspreis eines Sklaven, oder c) für ein Heyrathsgut verbürgt, oder 2) wegen einer andern von den Gesetzen angenommenen Ursache. Dahin gehört a) wenn die Weibsperson betrüglich gehandelt hat; sie weiß, daß ihre Bürgschaft ungültig ist, leistet sie aber dennoch, um nur den Gläubiger zum Borgen zu bewegen; b) wenn sie etwas borgt, und es nachher ohne des Gläubigers Wissen einem Dritten giebt; c) wenn ohne des Gläubigers Wissen ihre Sache versetzt wird (Note 2. zu diesem §.); d) wenn sie einen Lohn für die Intercession erhalten; oder e) die Intercession nach zwey Jahren wiederholt hat rc. Ist also eine in dergleichen Fällen geschehene Intercession auch null, wofern kein öffentliches, von drey Zeugen unterschriebenes Document darüber errichtet ist? Schon die alten Juristen, Bulgarus und Martinus haben über diese Frage gestritten. Glossa ad L. 23. in fin. Die meisten Neueren, z. B. *Raguell.* ad L. 23. p. 236. *Bachov.* ad *Treutler* Vol. 1. Disp. 25. th. 2. lit. B. *Franzk.* ad Pand. tit. ad SC. Velleian. n. 35. *Boehmer* diss. de efficaci mulier. intercess.

cap. 1. §. 7. not. a. behaupten, daß Justinians Verordnung nur von Intercessionen zu verstehen sey, die nach den ältern Gesetzen ungültig sind. Röslin am a. O. 186. ꝛc. aber nimmt dieß nur mit Einschränkungen an. Er hält dafür, daß 1) in den vorhin angeführten privilegirten Fällen, 2) wenn die Weibsperson betrüglich gehandelt hat, ihre Intercession gültig sey, obgleich kein öffentliches Instrument darüber errichtet ist; daß sie hingegen in allen andern Fällen nichtig sey. Diesem gebührt Beyfall, denn auf der einen Seite redet Justinian ganz allgemein von allen weiblichen Bürgschaften: Allein auf der andern Seite ist doch auch nicht anzunehmen, daß er die Privilegien gegen den Vellejanischen Rathsschluß habe aufheben, und eben so wenig, daß er eine offenbare Betrügerey habe begünstigen wollen. — — Vergl. überhaupt *Höffacker* princip. iur. civ. §. 4138.

(4) Ob eine Weibsperson nach Römischem Recht dem Vellejanischen Rathsschlusse renunciiren könne, ist sehr bestritten. *I. H. Boehmer* diss. cit. Joh. Georg Schlitte in einer Abhandlung, die im Schottischen jurist. Wochenblatt, 3. B. 563. u. f. f. S. steht, Röslin von weibl. Rechten, 2. B. 165. u. f. f. S. und Andere behaupten; *Vinn.* sel. quaest. lib. 1. cap. 48. *Averan.* lib. 2. interpret. iur. cap. 5. *Schulting* thes. controv. dec. 56. th. 9. *Engelbrecht* diss. cit. cap. 2. §. 3. sqq. *Hellfeld* commentat. de intercess. mulier. et SCto Velleian. §. 37. sqq. in opusc. p. 305. sqq. *Amaloy* diss. de renunciatione SCti Velleiani contra iuris rationem in praxi recepta (Lugd. Bat. 1778.) §. 16. sqq. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 74. und Andere verneinen es mit überwiegenden Gründen. In der Praxis ist aber die bejahende Meynung angenommen. Ob die Ehefrau der auth. si qua mul. ohne Eid entsagen könne, ist ebenfalls controvers. Läßt man die Entsagung auf das SC. Vellejanum ohne Eyd zu, so kann man auch eine solche Renunciation auf die auth. si qua mul. nicht mit Grund für ungültig halten. *Hahn* ad *Wesenbec.* tit. ad SCtum Vellei. n. 9. *Boehmer* diss. cit. cap. 3. §. 8. not. II. Unterdessen ist an vielen Orten nach dem Gerichtsbrauch eine eydliche Entsagung erforderlich, und rathsamer ist es allemal, daß der Gläubiger auf eine beschworne Renunciation dringe, da die meisten Juristen, z. E. *Cothmann* vol. 5. resp. 48. n. 3. *Brunnemann* ad L. fin. D. ad SC. Vell. n. 16. *Mev.* p. 7. dec. 229. n. 1. *Leyser* sp. 172. med. 1. die unbeschwornen Renunciationen der Eheweiber für ungültig halten, und behaupten, daß dieser Satz, wo nicht in geschriebenen Gesetzen gegründet, doch von dem allgemeinen deutschen Gerichtsbrauch angenommen sey. — — Vergl. Preuß. Landrecht I. 14. 221. ꝛc. C. Vater über die weibliche Bürgschaft in Schlesien ꝛc. Breslau 1800.

(5) Man sehe L. 8. cit. L. 31. Cod. de locato (IV. 65.).

(6) *Io. Lud. Schmidt* de fideiussore plane non obligato, §. 71. sqq.

(7) J. C. *Ayrer* progr. de fideiussore milite, §. 10. sqq. in opusc. tom. 1. n. 7.

(8) *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de fideiuss. §. 13. *Berger* O. I. lib. 3. tit. 3. §. 8. *Leyser* sp. 523. med. 3. 4. ibique *Müller*.

(9) Ob die Geistlichen sich in keinem Fall gültig verbürgen konnten, ist zweifelhaft. Die Nov. 123. cap. 6. sagt, sie sollen nicht Bürgen werden, pro susceptore aut exactore fiscalium functionum, conductore publicarum aut alienarum possessionum, aut curatore domus, aut procuratore litis. Allein die Raison,

ut non per hanc occasionem et [illegible] dominibus damnum fiat, et sacra ministeria impediantur; ist doch allgemein. Müller ad Leyser Obs. 867.

(10) Müller l. c.

(11) Reinharth ad Christin. V. 28. Pufendorf tom. 3. obs. 77. Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, 7. Band, 366. Medit. Anderer Meynung sind Leyser sp. 523. m. 3. Walch controvers. pag. 566. Edit. III. Auch Schmidt l. c. §. 65. hält die Bürgschaft eines Geistlichen für einen Layen, außer wenn der Schuldner arm ist, für ungültig.

§. 839. Für welche Verbindlichkeit kann man sich verbürgen?

Die Bürgschaft ist ein accessorischer Contract. Daher kann man 1) sich der Regel nach für alle aus einem Contract entstandene Verbindlichkeiten verbürgen. Auch a) für bloß natürliche Obligationen (*1), wenn sie nur nicht von den bürgerlichen Gesetzen zernichtet sind (*2). Für bloß bürgerliche Verbindlichkeiten, wofern sie anders wirksam sind; denn sind sie unwirksam, so kann sich der Bürge mit derselben Exception schützen, welche dem Hauptschuldner zusteht (*3) (§. 727. 728.). b) Für Verbindlichkeiten, die aus einem Verbrechen entstehen, wenn die Rede von der Ersetzung des Schadens oder Zahlung einer Geldstrafe ist. Denn wenn Jemand zu einer Leibes- oder Lebensstrafe verurtheilt ist, so wird kein Bürge angenommen. Der Grund ist leicht einzusehen. Dem Beschädigten ist es einerley, wer ihm den Schaden ersetzt, und dem Fiscus, wer ihm die Geldstrafe erlegt, der Bürge oder Hauptschuldner; und der Bürge kann ja seinen Regreß an den Hauptschuldner nehmen. Hingegen der Zweck der Leibesstrafen ist, den Delinquenten, durch die ihm verursachten Schmerzen, von neuen Verbrechen abzuschrecken; und der Zweck der Lebensstrafen, den Delinquenten außer Stand zu setzen, noch mehr Verbrechen zu begehen. Keiner dieser Endzwecke würde erreicht werden, wenn man den Bürgen strafte.

Merkwürdig ist, wie die Note sagt, daß das Römische Recht der Frau nicht erlaubt, wegen ihres Eingebrachten von dem Ehemanne Bürgen zu fordern, sondern daß eine solche Bürgschaft ungültig ist; da doch die Frau Pfänder zur Sicherheit verlangen kann, und die Verpfändung gültig ist. Der Grund, welcher in der L. 2. C. cit. angeführt wird, ist: ne causa perfidiae in connubio generetur. Es würde ein Mißtrauen verrathen, und Gelegenheiten zu Zwistigkeiten geben, wenn die Frau Bürgen fordern wollte. Andere sagen, die Frau gebe dadurch eine Verachtung der ehelichen Liebe und Treue zu erkennen. Man sieht aber ohne mein Erinnern, daß diese Gründe nicht befriedigend sind. Daher behaupten auch die meisten Rechtsgelehrten (*4), daß heutigestages eine solche Bürgschaft gelte.

(*1) Ueber die Bürgschaft in Ansehung einer blos natürlichen Hauptverbindlichkeit ist nachzusehen Weber über die natürl. Verbindlichkeit §. 112. rc.

(*2) Z. E. für eine Spielschuld. Struben rechtl. Bed. 4. Th. 334. Seite.

(3) L. 12. Cod. de non num. pec. Vinn. l. c.
(4) *Leyser* sp. 523. med. 8. *Eisenhard* diss. de fideiussoribus dotis, §. 9. in opusc. p. 32. sqq. *Müller* ad *Leyser* obs. 868.

§. 840. Wie kann sich der Bürge verpflichten?

2) Der Bürge kann sich daher zwar stärker, kräftiger (magis, efficacius) verpflichten als der Hauptschuldner, z. E. durch einen Eyd, Wechsel; hingegen nicht auf mehr (in maius, ut plus debeat) (*1). Auf mehr verpflichtet er sich a) in Ansehung des Ortes, wenn er die Erfüllung des Contracts an einem Orte verspricht, wo sie beschwerlicher zu leisten ist, als da, wo sie der Hauptschuldner leisten soll. b) In Ansehung der Zeit; wenn er eher als der Hauptschuldner belangt werden kann. Der Hauptschuldner hat versprochen, nach einer gewissen Zeit, oder unter einer Bedingung zu zahlen, der Bürge macht sich ohne diese Zeitbestimmung, ohne diese Bedingung verbindlich. c) Durch die Art des Versprechens. Der Hauptschuldner hat alternativisch versprochen, diese oder jene Sache zu leisten; der Bürge verbindet sich, ohne sich die Wahl vorzubehalten, zu der einen Sache allein. d) In Absicht auf die Sache selbst. Der Hauptschuldner z. B. ist nur 1000 Thaler schuldig, der Bürge verspricht 1100 zu zahlen. In allen diesen Fällen ist die Bürgschaft ungültig. Nur im letzten Fall wird darüber gestritten, ob der Bürge gar nicht, oder ob er doch auf so viel verbunden werde, als die Hauptschuld beträgt. Z. E. ist in dem gegebenen Exempel der Bürge zu nichts verbunden, oder muß er für 1000 Thaler haften? Die richtigere Meynung nach dem Römischen Recht, wo die Fidejussion durch eine Stipulation geschah, ist, daß er für nichts hafte (*2).

Eben so wenig kann sich der Bürge auch zu einer andern Sache verbindlich machen als der Hauptschuldner. Wenn z. E. der Hauptschuldner 1000 Thaler schuldig ist, so kann der Bürge nicht ein Stück Wein versprechen (*3). Der Grund aller dieser Sätze liegt in der Natur der Stipulation und in dem Formularrecht (S. §. 848).

3) Sobald die Hauptschuld getilgt wird, hört auch die Verbindlichkeit des Bürgen auf; dieß geschieht unter andern auch alsdann, wenn die Hauptschuld durch die Confusion erlischt; das heißt, wenn der Hauptschuldner Erbe des Gläubigers, oder der Gläubiger Erbe des Schuldners, oder ein Dritter Erbe von beyden wird (§. 981.).

(1) §. 5. I. h. t. sagt: fideiussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis; nec plus in accessione potest esse, quam in principali re. Einige drucken dieß so aus: der Bürge kann sich *intensive* mehr verpflichten, als der Hauptschuldner; aber nicht *extensive*.

(2) Ulpian L. 8. §. 7. D. h. t. sagt ausdrücklich: qui in duriorem causam accipiuntur, *omnino* non obligantur. *Os. Aurel.* de variant. *Cuiac.* interpret. dispunct. 51. in *Otton.* thesaur. tom. 3. p. 800. *Vinn.* ad §. 5. h. t. *Avera*-

nius interpret. iur. lib. 2. cap. 3. *Cocceii* iur. controv. tit. de fideiussor. quaest. 7. *Voet.* ibid. §. 4. *Franc. Car. Conradi* (oder vielmehr der Respondent *Henr. von dem Busch*), diss. de fideiussore, in maiorem summam, quam quae debetur adhibito, Helmst. 1724. *Eiusd.* progr. ad h. diss. Anderer Meynung sind *Vasquius* in illustr. controv. lib. 1. quaest. 40. *Hering* de fideiussor. cap. 24. n. 52. sqq. *Heinecc.* ad *Vinn.* l. c. Man s. auch Gmelins und Elsässers gemeinnützige Beobachtungen, 3. B. 6. Stück.

(3) Javolenus L. 42. D. h. t. sagt: Si ita fideiussorem accepero, *quod ego decem credidi, de ea pecunia mille modios tritici fide tua esse iubes*, non obligatur fideiussor, quia in aliam rem, quam quae credita est, fideiussor obligari non potest. *Averan.* l. c. cap. 4.

§. 841. Wirkungen der fideiussorischen Verbindlichkeit.

Der Bürge ist in subsidium verpflichtet; daraus folgt, 1) daß, wenn der Hauptschuldner nicht bezahlt, der Bürge und seine Erben haften müssen. Eine sehr nützliche Cautel ist es daher für den Bürgen, daß er, sobald er merkt, daß die Vermögensumstände des Hauptschuldners sich verschlimmern, den Gläubiger ex lege si contendat, das heißt, ex L. 28. D. de fideiuss. provocire. Ich, der Bürge, zeige nemlich dem Richter an, daß ich mich verbürgt hätte, die Vermögensumstände des Schuldners aber bedenklich würden, ich bäte also, den Gläubiger anzuhalten, daß er gegen mich klage. Diese Vorstellung wird dem Gläubiger zur Vernehmlassung mitgetheilt. Nun klagt er entweder gegen mich, oder nicht. Im ersten Falle setze ich ihm die exceptionem ordinis entgegen; welche denn, weil der Schuldner jetzt noch zahlungsfähig ist, Statt findet, und mir die Absolution von der Klage verschafft. Im letzten Fall hingegen wird mir eine exceptio ordinis für beständig wirksam (pro perpetua) erklärt; das heißt, ich kann sie opponiren, wenn der Gläubiger auch erst überlängst, zu einer Zeit, da schon der Hauptschuldner völlig verdorben ist, gegen mich klagt. Es ist zwar noch zweifelhaft, ob die sogenannte provocatio ex lege si contendat wirklich in der L. 28. D. de fideiuss. gegründet sey (*[1]). Allein der Gerichtsbrauch verstattet sie.

2) Mehrere Bürgen haften auch einzeln in solidum; jeder kann also auch einzeln auf die ganze Schuld belangt werden; sie mögen sich nun ausdrücklich correaliter verbunden haben oder nicht.

3) Zahlt der Hauptschuldner nicht, so wird der Bürge (*[2]) actione ex stipulatu belangt; er kann aber seinen Regreß an den Hauptschuldner nehmen, entweder durch die actionem mandati contrariam, oder negotiorum gestorum: actione mandati, wenn er von dem Hauptschuldner ersucht worden ist, Bürgschaft zu leisten; negotiorum gestorum, wenn er unersucht die Bürgschaft geleistet hat.

4) Wenn sich Jemand nur auf eine gewisse Zeit verbürgt, so ist er nach Ablauf dieser Zeit gar nicht mehr verbunden (*[3]). Verbürgt sich Jemand

hingegen für die Schuld einer gewissen Zeit, und diese Zeit ist verflossen, so muß er zwar für das Vergangene, nicht aber für das Künftige haften. Z. E. wenn Jemand ein Haus auf 5 Jahre miethet, und ich mich für das Miethgeld verbürge: so hafte ich für die 5 Jahre. Bleibt der Miethmann noch länger im Hause wohnen, so bin ich für das Miethgeld der folgenden Jahre nicht verbunden.

(1) Dort heißt es: si contendat fideiussor, caeteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dandam, *si non et illi solvendo sint*. Paullus will sagen: wenn der Gläubiger einen Bürgen vor den Prätor fodert, und es unstreitig ist, daß die übrigen Mitbürgen zahlungsfähig sind: so kann der Beklagte sich auf die Rechtswohlthat der Theilung berufen, und bitten, daß der Kläger mit der Klage auf das Ganze abgewiesen werde. Wenn hingegen der Kläger behauptet, daß die Mitbürgen nicht zahlen können, so wird er mit der Klage auf das Ganze nicht sogleich abgewiesen, indessen wird dem Bürgen die Exception, si non et illi solvendo sint, die Mitbürgen seyen auch im Stande zu zahlen, auszuführen verstattet. *Thomas*. diss. de actione fideiussoris antequam solvit. § 23. Anders erklärt diese Stelle *Meister* diss. de falsa probatione process. provocatorii ex iur. rom. cap. 4. §. 11. sqq. in opusc. vol. 1. pag. 124. sqq. — Von einer Aufforderung zur Klage (provocatio ad agendum) ist in der angeführten L. 28. D. h. t. gar nicht die Rede, wie der Augenschein ergiebt. Die Zulässigkeit einer solchen Provocation hat aber allerdings rechtliche Gründe für sich, und der Gerichtsgebrauch in Deutschland hat sie längst anerkannt. Indeß wird billig eine gerichtliche Aufforderung zur Klage verlangt, und die sonst entgegenstehende L. 62. D. h. t. ist auf den Fall einzuschränken, da der Bürge den Gläubiger nur außergerichtlich hatte anerinnern lassen. Die Worte: *si non etc.* in cit. L. 28. enthalten die gewöhnliche Formel der Exceptionen in der Römischen Gerichtssprache. (§. 1196.) W.

(2) Auch ihre Erben. *Pufendorf* tom. 4. obs. 86.

(3) Nach dem Römischen Recht ist er zwar noch ipso iure verbunden, es steht ihm aber doch exceptio doli zu.

§. 842. Von den drey Rechtswohlthaten der Bürgen.

Die Bürgen haben drey Rechtswohlthaten oder Privilegien: das beneficium divisionis, ordinis oder excussionis und cedendarum actionum. Alle drey stimmen darin überein, daß sie dem Bürgen nur alsdann zu statten kommen, wenn er sich darauf beruft. Wird er belangt, und allegirt sie nicht, so kann der Richter keine Rücksicht darauf nehmen (§. 836.).

§. 843. Vom beneficio divisionis.

Die Rechtswohlthat der Theilung ist den Bürgen zuerst vom Kayser Hadrian ertheilt worden, und heißt daher auch *beneficium ex epistola D. Hadriani*. Wenn nemlich Mehrere sich für Eine Schuld verbürgt haben, und alle zahlungsfähig, auch gegenwärtig sind, Einer aber auf das Ganze belangt wird: so kann er verlangen, daß der Kläger vorerst seine, des Beklagten ratam annehme, und die übrigen auch auf ihre Antheile belange (*1).

(1) Wird einer von mehrern Bürgen belangt, und bezahlt das Ganze, ohne die ihm zustehende Einrede der Theilung zu opponiren, so kann er die andern Bürgen nicht belangen, daß sie ihm ihre Antheile vergüten sollen. §. 4. I. h. t.

§. 844. Vom beneficio ordinis oder excussionis.

Die Rechtswohlthat der Excussion oder Ordnung hat Justinian in der 4. Novelle dem Bürgen gegeben (*1). Wenn der Bürge belangt wird, ehe noch der Hauptschuldner angeklagt ist, so kann er verlangen, daß dieses noch geschehe, und er bis dahin in Ruhe gelassen werde. Es heißt beneficium ordinis, weil der Bürge fordert, daß man in gehöriger Ordnung klage; excussionis, weil er verlangt, daß der Hauptschuldner ausgeklagt werde, ut excutiatur debitor principalis. Man bemerke aber noch: 1) dem Gläubiger ist es nicht verwehrt, den Bürgen zuerst zu belangen; dergestalt, daß die Klage ganz unstatthaft wäre, und der Richter dem Gläubiger von Amtswegen (ex officio) beweisen müßte, oder könnte: Nein, der Bürge kann die exceptionem ordinis oder excussionis entgegensetzen, wenn er belangt wird, ehe der Hauptschuldner ausgeklagt ist. Unterläßt er, sie anzuführen, so wird er zur Zahlung verurtheilt (*2). 2) Ist es dem Gläubiger lästig, daß er erst den Hauptschuldner ausklagen soll: so muß er den Bürgen auf diese Rechtswohlthat Verzicht thun lassen. Er kann nemlich verlangen, daß die Clausel in den Bürgschein gesetzt werde: auch entsagt der Bürge der Wohlthat der Ordnung, und es soll dem Gläubiger frey stehen, nach Gefallen, entweder zuerst den Bürgen oder den Hauptschuldner zu belangen. Die übrigen Fälle, wo diese Rechtswohlthat wegfällt, erklärt am weitläuftigsten Berlich (*3), welcher deren vier und neunzig anführt. Die allgemeine Regel ist: in allen Fällen, wo es dem Gläubiger Nachtheil bringen würde, wenn er genöthigt wäre, den Schuldner zu belangen, kann sich der Bürge auf die Wohlthat der Excussion nicht berufen (*4).

(1) Nemlich a) nach dem ältesten Römischen Recht mußte man den Hauptschuldner zuerst belangen, ehe man den Bürgen angreifen konnte. Justinian sagt in der vierten Novelle, dieß sey durch ein altes Gesetz verordnet gewesen. Was es aber für ein Gesetz war, weiß man nicht. Cujaz ad Nov. 4. glaubt, es sey ein Zwölftafelgesetz. b) In den mittlern Zeiten konnte der Gläubiger zuerst belangen, wen er wollte, den Hauptschuldner oder Bürgen. Ja er konnte sogar variiren; z. E. zuerst den Hauptschuldner belangen, diese Klage liegen lassen, und nun den Bürgen angreifen. Zu welcher Zeit dieses Recht aufgekommen ist, weiß man nicht. So viel ist gewiß, daß es zu Cicero's Zeit galt. Man s. dessen Epist. ad Att. lib. 16. ep. 15. c) Endlich publicirte Justinian die 4. Novelle, zog das alte Recht wieder hervor, und verordnete: der Gläubiger solle den Hauptschuldner, wofern dieser gegenwärtig wäre, vor dem Bürgen belangen; und wenn der Bürge zuerst belangt würde, solle er befugt seyn, die exceptionem ordinis oder excussionis zu opponiren.

(2) *Sande* decis. fris. lib. 1. tit. 7. def. 2. *Gail*, lib. 2. obs. 27. n. 3. et obs. 46. n. 19.

n. 19. *Zaunschliffer* tract. de offic. iud. suppletor. p. 2. concl. 11. §. 3. in opp. p. 88. *Lauterbach* diss. de benefic. excuss. th. 45. *Eb. Christoph Canz* diss. quaestiones quaedam de beneficio ordinis. (Tubing. 1770.) §. 7.

(3) *Berlich* part. 2. Conclus. 24. S. auch *Sommer* diss. de fideiussoribus beneficio ordinis non gaudentibus. Viteb. 1715.

(4) *Canz* diss. cit. de beneficio ordinis, pag. 10. sqq. Ein gegen den Hauptschuldner eröffneter Concurs schließt die Wohlthat der Excussion nicht aus, wenn es nicht ganz unstreitig ist, daß der Gläubiger aus der Masse nichts erhalten könne. *Müller* ad *Leyser* Obs. 874.

§. 845. Vom beneficio cedendarum actionum.

Die Rechtswohlthat der Cession endlich ist wirksam 1) in Ansehung des Hauptschuldners, 2) in Rücksicht der Mitbürgen. Wenn ich mich nemlich für Jemand verbürge, so hat er mich entweder a) darum ersucht, oder b) ich habe es ohne sein Wissen gethan, oder c) er hat mir's verboten, und ich habe es demungeachtet gethan; ein Fall, der freylich selten ist. Hat er mich a) um die Bürgschaft ersucht, und ich bezahle als Bürge, so kann ich meinen Regreß gegen den Hauptschuldner actione mandati nehmen (§. 841). Es ist also nicht nöthig, daß ich mir die Klage des Gläubigers cediren lasse; indessen kann es nützlich seyn; wenn nemlich diese Klage vortheilhafter als die actio mandati ist. Es kann ja seyn, daß z. E. der Schuldner dem Gläubiger auch noch eine Hypothek bestellt hat. Cedirt mir also dieser seine Rechte, so kann ich die hypothecarische Klage anstellen, welche (als eine Realklage) besser als die actio mandati (eine Personalklage) ist. Habe ich mich b) ohne des Hauptschuldners Vorwissen verbürgt, und bezahle für ihn, so belange ich ihn auf die Entschädigung mittelst der actionis negotiorum gestorum contrariae (§. 841.). Also auch hier ist die cessio actionis nicht nothwendig. Nützlich aber kann sie zuweilen seyn, in demselben Falle nemlich, den ich so eben angeführt habe, wenn die Klage des Gläubigers vortheilhafter, als die actio negotiorum gestorum ist. Gesetzt endlich, c) ich hätte mich gegen des Schuldners Verbot verbürgt; jetzt kann ich keinen Regreß gegen ihn nehmen, ohne mir die Rechte des Gläubigers abtreten zu lassen. Die cessio actionis ist folglich nothwendig.

Der zweyte Fall, wo die Cession wirksam ist, kommt bey mehrern Mitbürgen vor. Wenn ich mich mit Mehreren für einen Menschen verbürgt habe, und aus dieser Bürgschaft auf das Ganze (in solidum) belangt werde, der Fall auch so beschaffen ist, daß ich die exceptionem divisionis nicht opponiren kann, weil z. E. die andern Mitbürgen abwesend sind (§. 843.), ich also das Ganze bezahlen muß: so muß ich mir, um meine Mitbürgen belangen zu können, die Klage vom Gläubiger abtreten lassen. Ohne diese Cession kann ich nach dem Römischen Recht gegen die Mitbürgen keinen Regreß nehmen

(*[1]). Der Gerichtsbrauch läßt aber auch ohne Cession die actionem negotiorum gestorum contrariam zu (§. 820.) (*[2]).

Nach dem strengen Rechte muß die Cession der Rechte vor der Zahlung geschehen. Denn sobald der Gläubiger bezahlt ist, so hat er kein Recht mehr, kann also auch keins cediren. Allein die Römischen Juristen sehen in diesem Stücke nicht auf das strenge Recht, sondern auf die Billigkeit. Sie sagen daher, wenn ich unter der Bedingung: daß mir die Rechte cedirt werden, bezahle, so kann die Cession nach der Zahlung geschehen. Wie aber, wenn ich nun diese Bedingung nicht ausdrücklich mache, kann ich nach geschehener Zahlung mir noch die Rechte cediren lassen? Jetzt ist die Sache sehr zweifelhaft. L. Modestinus 76. de solut. und L. cum is 36. de fideiuss. sind die Hauptstellen in dieser Materie, über die sehr viel geschrieben worden ist (*[3]). Ich halte doch die Meynung, daß die Cession auch nach geschehener Zahlung noch Statt finde, für die gegründetste (*[4]). Denn indem der Bürge bezahlt, so thut er dieß in der Absicht, daß ihm die Rechte cedirt werden sollen. Es ist also ein stillschweigender Vertrag (pactum tacitum de cedendis actionibus) vorhanden.

(1) L. 39. D. h. t. *Pufendorf* tom. 4. obs. 62.

(2) *Mev.* P. 6. D. 387. n. 3. *Berger* oec. iur. p. 457. edit. noviss. th. 14. n. 5. Doch sagen Andere, z. E. *Wernher* vol. 3. part. 1. obs. 12. n. 23. diese Praxis sey nicht gewiß.

(3) Unter Andern hat *Molinaeus* in lect. Dolan. pag. 5—37. über die L. 76. commentiret. Ich erhielt dieses sehr seltne, lang gesuchte Buch endlich durch die Güte des nun verstorbenen Syndicus Lang in Frankfurt, eines großen Bücherfreundes und Kenners. Es ist als ein Anhang zu *Greg. Lopez Madera* animadvers. iur. civ. Col. Agripp. 1594. 8. gedruckt. Warum es Otto nicht in den thesaur. aufnahm, da er doch den Madera einrückte, weiß ich nicht.

(4) Dieser Meynung sind auch *Carpzov.* P. 2. C. 17. D. 16. *Struv.* ex. 47. th. 45. *Brunnemann* cent. 3. Dec. 48. *Zanger* de except. part. 2. cap. 16. n. 32. *Pufendorf* Tom. 1. obs. 130. *Wernher* l. c. n. 124. welcher vorzüglich nachzusehen ist.

§. 846. Vom constituto.

1) Das constitutum ist entweder *possessorium* oder *promissorium*. Was constitutum possessorium sey, ist oben §. 281. erklärt.

2) *Constitutum promissorium* ist ein Versprechen, das sich auf eine schon vorhandene Verbindlichkeit bezieht. Es ist entweder proprium oder alienum. Constitutum *proprium* ist, wenn ich ein Versprechen thue, das sich auf meine eigene schon vorhandene Verbindlichkeit bezieht; *alienum*, wenn es auf eine fremde Obligation Beziehung hat; das heißt, wenn ein Anderer etwas schuldig ist, und ich verspreche, entweder eben dasselbe oder etwas anderes statt dessen zu leisten. Das constitutum proprium kann in einer

bloßen Bestätigung der alten Verbindlichkeit bestehen, man kann aber auch die Verbindlichkeit durch ein *constitutum* ändern, z.E. vermindern, einen andern Ort zur Erfüllung festsetzen rc. Auch kann die Person des Gläubigers constituendo geändert werden. Was ich dem A. schuldig bin, kann ich mit dessen Einwilligung dem B. constituendo versprechen (*1).

3) Viele Juristen sagen, das constitutum sey ein *geminatum pactum*. Dieß ist nicht ganz richtig: denn man kann eine Verbindlichkeit, die aus einem Contract und einem Delict entstanden ist, zum Gegenstande des constituti machen. Auch umgekehrt ist ein wiederholtes pactum nicht allezeit ein constitutum. Wenn ich einem heute etwas zusage, was ich schon ehedem versprochen hatte, so ist dieß nicht immer ein constitutum. Die wiederholte Zusage muß in Beziehung auf das vorhergehende Versprechen, und auf die daraus entstandene Schuld geschehen (*2).

4) Ueber den Grund, warum das constitutum verpflichte, wird gestritten (*3). Nemlich das constitutum wurde ohne feyerliche Worte (nudis verbis) geschlossen, wie kam es, daß es eine Klage wirkte? Franzke (*4) sagt sehr gut: constitutum semper debitum aliquod praesupponit, illique accedit, adeoque in eo de seria et maxima promittentis voluntate certius patet (quam in aliis pactis nudis). Der Prätor sah es als ein wohl überlegtes und ernstlich gemeyntes pactum an; er hielt es daher für schändlich, wenn es einer nicht halten wollte.

5) Das constitutum alienum ist von der Bürgschaft verschieden. — 1) Formaliter. — Denn die Bürgschaft wird durch eine Stipulation geschlossen, das constitutum mit gemeinen Worten. Daher ist die Bürgschaft ganz ungültig, wenn der Bürge sich auf eine höhere Summe, oder zu einer andern Sache, oder zu härtern Bedingungen (§. 840.) verpflichtet, das constitutum nicht. Wenn ich auf eine andere Sache constituire, z. E. wofern A. die schuldigen 100 Thlr nicht bezahlt, so will ich dir mein Reitpferd geben, so muß ich diese andere Sache, das Reitpferd, geben; und wenn ich auf eine höhere Summe constituire, so gilt der Vertrag auf die gleiche Summe (quoad concurrentem summam). Z. E. wenn ich mich für eine Schuld von 1000 Thlrn. constituendo auf 1100 Thlr. verpflichte: so muß ich für 1000 Thlr. haften. Endlich; wenn ich auf härtere Conditionen constituire, so bin ich zwar nicht zu den härtern Conditionen, aber doch eben so wie der Hauptschuldner verbunden. Z. E. wenn ich constituendo etwas unbedingt verspreche, was der Hauptschuldner nur unter einer Bedingung schuldig ist, so bin ich nur unter der Bedingung verpflichtet. — 2) In Ansehung des Zwecks. Denn die Bürgschaft hat wesentlich die Sicherheit des Gläubigers zur Absicht; das constitutum alienum nicht; da es vielmehr nur auf Be-

quemlichkeit und Erleichterung des Gläubigers in Ansehung der Zeit, des Zahlungsorts ꝛc. abzwecken kann (*).

(1) L. 1. §. 2, 5. L. 3. §. 2. L. 5. L. 13 L. 14. §. 1. 2. L. 19. de constit. pecun. L. 2. pr. C. eod. Weber von der natürl. Verbindlichkeit, §. 125.

(2) Man s. *Grangian* in paradox. iur. civ. cap. 38. Thesaur. Ott. tom 5. p. 632. *Bachov* de act. disp. 8. n. 3. *Gundling* part 20. p. 478. sqq. *Otto* ad §. 9. I. de act. *Schulting* thes. controv Decad. 47. n. 4.

(3) *Westenberg* de causis obligat. Diss. 7. cap. 6.

(4) *Franzk.* ad Pand. tit. de constit. pec. n. 7.

(*) pr. I. h. t. L. 1. §. 8 D. de O. et A. L. 1. D. qui satisd. cog. vergl. mit L. 3. §. 2. L. 4. L 5. pr. L. 16. §. 1. D. de constit. pecun. *Ioh. Christ. Koch* Diss. de constituto debiti alieni, eiusque a fideiussione discrimine. Kil. 1777. Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 124.

§. 847. Nutzen des constituti nach Römischem Recht.

Das constitutum war nach Römischem Recht sehr vortheilhaft. Denn ein pactum nudum wirkte keine Klage. Wenn ich aber mit gemeinen Worten (verbis nudis) etwas in Rücksicht einer schon vorhandenen Verbindlichkeit versprach, so gab der Prätor eine Klage daraus, welche actio constitutoria oder de constituta pecunia heißt. Sie ist also die Klage, welche der Gläubiger gegen den Constituenten auf die Erfüllung des Versprechens anstellt.

§. 848. Nutzen des constituti in Deutschland.

Bey uns hat das constitutum weniger Nutzen als bey den Römern. Denn ein Versprechen wirkt eine Klage; es mag geschehen, mit welchen Worten es wolle, und in Rücksicht einer schon vorhandenen Obligation, oder nicht. Indessen giebt es doch Fälle, wo die Wiederholung des Versprechens wirksam ist. Nemlich 1) hat sie zuweilen die Wirkung, daß die Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses wegfällt (§. 838.). 2) Wirkt es zuweilen, daß einer Handschrift die exceptio non numeratae pecuniae nicht opponirt werden kann (§. 852.). 3) Kann eine Ehefrau, welche in die Veräusserung ihres Dotalgutes, oder der donationis propter nuptias gewilliget, und den Consens nach zwey Jahren wiederholt hat, die Veräusserung nicht umstoßen, wofern sie sich auf andere Weise an dem Vermögen des Mannes zu erholen im Stande ist (*1). Das constitutum alienum ist heutigestags, da die Fidejussion nicht durch Stipulation geschieht, mit dieser einerley. Will indessen Jemand den Vertrag, wodurch ich mehr oder etwas anders, als die Hauptschuld übernehme (§. 840.), oder mich härter (in duriorem causam) verpflichte, nicht Fidejussion, sondern constitutum alienum nennen: so werde ich darüber nicht mit ihm streiten. Es ist auch keinem Zweifel unterworfen, daß heutigestages der, welcher einer fremden Verbindlichkeit beytritt, und mehr verspricht als der Hauptschuldner, dieses mehrere leisten muß; und wer härtere Bedingungen übernimmt, auch diese erfüllen müsse (*2).

(1) In Ansehung der donationis p. n, ist dieß außer Zweifel. Nov. 61. cap. 1. Allein ist es auch bey den Dotalgütern Rechtens? Dieß läugnen Viele, z. E. *Bachov.* ad *Treutler* vol. 2. disp. 7. th. 9 lit. D. *Lauterbach* colleg. tit. de fund. dot. § 16. *Sande* de prohib. rer alienat. Part. 1. cap. 10. §. 1. *Müller* ad *Leyser* Tom. 3. Fascic 2. obs. 550. Es kommt alles auf die Erklärung der Schlußworte des §. 3. in der angeführten Novelle an, wo es heißt: ex multo potius in haec dote valebunt, ob nemlich diese Worte soviel sagen wollen, daß die wiederholte Einwilligung der Ehefrau auch die Veräußerung der Dotalstücke gültig mache Da Julian in seinem Auszuge aus den Novellen (constit. 55.) diese Erklärung angenommen hat, so hat sie allerdings viel für sich *Cuiac.* ad d Nov. *Finestres* de iure dot. p. 237. *Voet.* ad Pand. tit. de fundo dot. *Stryk* diss. de iure mariti in bon. ux. cap. 2. §. 5. *Leyser* sp. 311. m. 3. Auf das Argument, welches Cujacius und Andere auch noch aus der Ueberschrift der Nov 61. nehmen, ist wenig zu bauen, da die Ueberschriften der Novellen nicht von Justinian, sondern von neuerer Hand sind. *Glück* opusc. fasc. 3. p. 210.

(2) *Stryk* V. M. tit. de fideiussor. §. 9.

TIT. XXII.

DE LITTERARUM OBLIGATIONIBUS.

§. 894. Uebergang zu den Litteralcontracten.

Die Realcontracte erfordern zu ihrer Gültigkeit die Erfüllung von einem Contrahenten, die Verbalcontracte eine mündlich ausgesprochene Formel, die Consensualcontracte weiter nichts als gegenseitige Einwilligung, endlich die Litteralcontracte einen schriftlichen Aufsatz. Die Beschaffenheit dieser letzten Contracte nach altem Römischen Recht ist sehr dunkel und ungewiß. Ich will mich hier dabey nicht aufhalten (*1), sondern nur das Justinianeische Recht vortragen.

(1) Man sehe *Gundlingiana* part. 40. num. 2. pag. 410. sqq. *Ge. Sam. Madihn* diss. de vera indole litterarum obligationis atque exceptionis non numeratae pecuniae (Hal. 1760.) §. 2. sqq. *Godofr. Ludw. Menken* diss. de vera indole litterarum obligationis, §. 1. sqq. in opusc. p. 399. sqq. *Franz Ios. Bodmann* diss. (sub. praesid. *Io. Nepomuc Endres*) περὶ τῆς ἐν γράμμασιν ἐνοχῆς, seu de litterarum obligatione Wirceb. 1778. *Schumacher* diss. de natura contractus chirographarii iure rom. et veteri et noviori Goett. 1787. *I. P. Waldeck* instit. iur. civ. §. 657. ibique cit. *Theophil.* ad §. un. I. h. t.

§. 860. Was ist ein Litteralcontract?

Um die Natur des Litteralcontracts deutlich einzusehen, muß man Folgendes bemerken. 1) Ein schriftlicher Aufsatz *scriptura, documentum, cautio*), sagt entweder, daß eine gewisse Verbindlichkeit vorhanden, oder daß sie aufgehoben sey. Im letzten Fall heißt er eine Quittung, *apocha*. Z. E. folgender Aufsatz: Daß mir Herr N. heute die ihm dargeliehenen 1000 Thlr.

wieder bezahlt habe, bekenne ich hiermit, ist eine Quittung; denn ich bezeuge, daß die Verbindlichkeit des Schuldners erloschen sey. Im ersten Falle ist er entweder *syngrapha* oder *chirographum*. *Syngrapha* heißt ein Aufsatz, worin beyde Theile bekennen, daß sie Verbindlichkeiten gegeneinander haben. Beyspiele davon sind Kaufbriefe, Pachtbriefe, Ehepacten ꝛc. *Chirographum* hingegen, heißt ein Document, worin nur Einer bekennt, daß er dem Andern zu etwas verbunden sey; z. E. ein Document, worin ich bekenne, 1000 Thlr. aus einem Darlehn schuldig zu seyn.

2) Sieht man auf die Wirkungen eines Documents, so ist es zweyerley. Einige Documente nemlich dienen nur zum Beweis, andere aber wirken eine Verbindlichkeit. Aus einigen kann ich zwar einen Beweis hernehmen, daß ein gewisses factum geschehen sey; meinem Gegner aber ist es nicht verwehrt, das Gegentheil darzuthun. – Hierin besteht effectus probationis einer Urkunde. – Hingegen giebt es Fälle, wo einer zu bezahlen schuldig ist, weil er sich zu der Schuld schriftlich bekannt hat, und wo er mit dem Beweise, er sey nichts schuldig, das Document sage eine Unwahrheit, gar nicht gehört wird. – D. i. effectus obligationis, daher *litterarum* obligatio. –

3) Der Regel nach giebt ein Document weiter nichts als Beweis, es wirkt keine Verbindlichkeit; und zwar beydes ohne Rücksicht auf sein Alter.

4) Nur zwey Geschäfte giebt es im Römischen Recht, welche die ganz sonderbare Natur haben, daß ein darüber ausgestelltes Document a) ehe eine gewisse Zeit verflossen ist, nicht einmal einen Beweis giebt; hingegen b) sobald die gesetzte Zeit verstrichen ist, eine Verbindlichkeit wirkt.

5) Diese Geschäfte sind das Darlehn, und die Bestellung eines Brautschatzes (*datio dotis*).

6) Die Verbindlichkeit, welche aus Handschriften, die über diese Geschäfte ausgestellt sind, nach Ablauf der gesetzlich bestimmten Zeit entsteht, heißt *litterarum obligatio*. Bey den Neuern kommt in dieser Beziehung *contractus litteralis* oder *chirographarius* vor (*1).

(1) Ob dieser Contract eine Gattung des Darlehncontracts, mutuum praesumtum, oder ein eigner besonderer Contract, ob er unter die wahren oder unter die Quasicontracte gehöre, ist streitig. S. *Gottlob Euseb. Oelze* diss. (praes. *Joach. Erdm. Schmidt*) an et quatenus litterarum obligatio in Germania locum habeat? (Ien. 1766) §. 24. Aus dem §. un. I. h. t. aber sieht man, daß Justinian die litterarum obligationem bey dem Darlehn als einen eignen Contract angesehen wissen will. Von der Brautgabe sagt er dort freylich nichts. Allein da bey dieser eben so gut eine Verbindlichkeit aus der Scriptur entsteht, als bey dem Darlehn; so muß man auch hier, wenn man consequent urtheilen will, so wie dort, einen Litteralcontract annehmen. — — Der sogenannte contractus chirographarius oder Litteralcontract dürfte sich allenfalls in der allgemeinen Bedeutung des Worts contractus, für Verbindlichkeit überhaupt

genommen (§. 746. Note *), rechtfertigen lassen, da er alsdann mit litterarum obligatio synonimisch seyn würde, wenn man nemlich diese nach Ablauf der gesetzlichen Zeit aus den Handschriften annimmt (§. 858.). Sonst aber wenn der Ausdruck hier in specie für Vertrag genommen wird, ist es freylich etwas sonderbar, diesen erst nach Ablauf einer gewissen Zeit ohne Zuthun der Partheyen entstehen zu lassen. Vergl. Meurer Jurist. Abhandl. u. Beobacht. I, 3. W.

§. 851. Von dem Litteralcontract bey dem Darlehn.

Wenn ich nemlich in einem Schuldschein bekenne, ein Darlehn empfangen zu haben: so werde ich entweder aus dem Scheine belangt, ehe er zwey Jahre alt ist, oder nachdem er das Alter von zwey Jahren erreicht hat.

Im ersten Falle entsteht nicht einmal ein Beweis daraus, sondern ich kann die Ausflucht des nicht bezahlten Geldes (*exceptionem non numeratae pecuniae*) entgegensetzen; sagen, ich hätte den Schuldschein in der Hoffnung ausgestellt, Geld darauf zu erhalten, hätte aber nichts erhalten. Dieß hat die Wirkung, daß der Kläger nun auf andere Art, z. E. durch Zeugen, Eydesdelation, beweisen muß, daß er mir das Geld geliehen habe. – Klagt der vermeynte Gläubiger nicht, so kann ihn der Aussteller der Handschrift querela non numeratae pecuniae belangen, und zur Auszahlung des Geldes auffordern, oder auch die Handschrift condictione sine causa zurückfordern. – Die Bewegursache dieses Gesetzes ist, weil es zuweilen geschieht, daß Jemand, der in Noth ist, einen Schuldschein ausstellt, ehe er noch das Geld bekommen hat, und der Besitzer des Scheines denselben mißbraucht, um daraus zu klagen. Allein diese Fälle sind so selten, daß sie die Römische Verordnung nicht rechtfertigen; wenigstens hätte man keinen so langen Zeitraum, keine zwey Jahre festsetzen sollen.

Im letzten Fall, wenn die Handschrift zwey Jahre alt ist, entsteht eine Verbindlichkeit aus dem Schuldschein, das heißt, der Aussteller desselben muß das Darlehn wiedergeben, dessen Empfang er bekannt hat, ohne daß er mit dem Beweis, er habe nichts bekommen, gehört wird. Der Grund dieser Verordnung liegt vielleicht darin, daß die Gesetzgeber es schlechterdings für unglaublich hielten, der Aussteller einer Handschrift werde nachläßig genug seyn, sie zwey Jahre in fremden Händen zu lassen, ohne Geld empfangen zu haben, und daß, wenn er so äußerst nachläßig wäre, er billig gestraft werde (*[1]).

(1) Allein es lassen sich Fälle denken, wo der Aussteller der Handschrift gar keiner, oder doch keiner großen Nachläßigkeit schuldig ist. Ich stelle z. E. einem die Handschrift aus, erhalte kein Geld, fordere sie zurück, und werde versichert, die Handschrift sey verlohren, zerrissen rc. und bekomme wohl gar einen Revers darüber. – – Dahin gehört der sogenannte Mortificationsschein, d. i. eine Urkunde, worin eine andere Handschrift für nichts beweisend und für ganz unwirksam erklärt wird. Ein Beyspiel davon giebt L. 47. §. 1. D. de pactis.

W. — — Noch ist die Frage übrig, was ist Rechtens, wenn der Beklagte sagt, er habe etwas auf die (noch nicht zwey Jahr alte) Handschrift empfangen, aber nicht die ganze Summe, wozu er sich darinn bekannt hat; muß auch hier der Kläger beweisen, daß er die ganze Summe bezahlt habe? *Sichard. Donell. Wissenbach* ad L. 2. C. de n. n. p. bejahen dieß, *Brunnemann* ibid neigt sich mehr auf die verneinende Seite. Meines Erachtens ist ein Unterschied zu machen: wenn der Beklagte behauptet, es sey bedungen gewesen, daß er die ganze Summe bekommen solle, der Kläger aber habe ihn hintergangen, ihm nicht Alles ausgezahlt, und dennoch die Handschrift behalten; so muß der Kläger beweisen, daß er das Ganze bezahlt habe Von diesem Fall handelt L. 9. C. de n. n. p. (IV. 30.) wie die Worte, *placito creditor non dederit*, zeigen. Man s. auch *Harmenopul.* lib. 2. tit. 2. num. 1. et 2. Wenn im Gegentheil der Beklagte behauptet, daß er die ganze Summe nicht erhalten habe, und dem ungeachtet aus Noth sich zu dem Empfang des Ganzen habe bekennen müssen, so muß er den Beweis führen, obgleich die Handschrift noch nicht zwey Jahr alt ist. Er bedient sich jetzt nicht der except. n. n. p. sondern *usurariae pravitatis. Tob. Iac. Reinharth* diss. de usurar. pravitat. (Erf. 1727.) §. 23. Von diesem Fall redet L. 2. C. eod minorem pecuniam te accepisse, et maiorem cautionem interposuisse, si apud eum, qui super ea re cogniturus est, *constiterit*, nihil ultra quam accepisti, cum usuris in stipulatum deductis, restituere te iubebit.

Ich habe aber oft bemerkt, daß man in der Praxis die beyden so sehr verschiedenen Exceptionen: usurariae pravitatis und: non num. pecuniae verwirret. Die exc. n. n. p. besteht darin, daß der aus der Handschrift belangte Beklagte behauptet, er habe sie in der Hoffnung ausgestellt, die darin ausgedruckte Summe zu erhalten, habe aber nichts, oder nur einen Theil dieser Summe empfangen. Mit der exc. usurar. pravitatis hingegen will er sagen: ich war in der Noth, habe wissentlich mich zum Empfang einer größeren Summe bekannt, als ich erhalten habe; oder auch: der Kläger hat mir statt baaren Geldes Waaren, in einem übertriebenen Preise angeschlagen, gegeben. Diese beyden Einreden gehen in vielen Stücken von einander ab. a) Jene, die exc. n. n. p. hat nur in zwey Geschäften Statt, diese, die exc. usurariae pravitatis, in allen Contracten. b) Jene fällt weg, wenn der Beklagte den Empfang wiederholt gestanden hat (§. 852.). Diese aber kann gebraucht werden, wenn der Beklagte aus Noth das Geständniß des Empfanges noch so oft wiederholt hat. c) Auch durch die Zinsenzahlung wird nur jene, nicht diese ausgeschlossen (§. 852.). d) Jene kann nicht angeführt werden, wenn eine andere Schuld in ein Darlehn verwandelt worden ist, L. 5. L. 13. C. de n. n. p., wohl aber diese. e) Jene braucht der Beklagte nicht zu erweisen, wenn die Handschrift nicht das gesetzte Alter hat, diese muß er allezeit beweisen. f) Wenn der Wucher bewiesen wird, so wird der Kläger gestraft; wird hingegen die exc. n. n. p. geltend gemacht, so wird er blos mit der Klage abgewiesen. Umgekehrt g) wird der Beklagte mit der Strafe der doppelten Zahlung belegt, wenn er die except. n. n. p. wider besseres Wissen eingewendet hat, auth. contra qui C. de n. n. p. (§. 1226.); welche Strafe dem, der ohne Grund den Kläger eines Wuchers beschuldigt, nicht gedrohet ist.

§. 852.

§. 852. Fälle, wo die exceptio N. N. P. nicht Statt hat.

Ich habe gesagt: wenn Jemand aus einer Handschrift belangt wird, die noch keine zwey Jahre alt ist, so kann er sich der Ausflucht des nicht empfangenen Geldes mit der Wirkung bedienen, daß der Gläubiger andere Beweise für die geschehene Anleihe beybringen muß. Ausnahmen dieser Regel sind: 1) wenn der Aussteller unter die Handschrift notirt, oder in einer besondern Quittung bekannt hat, daß die Auszahlung des Geldes geschehen sey. Nur muß das zweyte Bekenntniß nicht zu derselben Zeit, da die Handschrift ausgestellt worden ist, sondern einige Zeit nachher (ex intervallo) geschehen. Z. E. die Handschrift heißt: Ich Endesunterschriebener bekenne, daß mir Herr N. die Summe von 1000 Thaler gegen 5 Procent vorgeschossen hat: Frankfurt den 1. März 1778. Unter dieser Handschrift steht: Obige Summe ist mir unter heutigem Datum wirklich ausbezahlt worden; Frankfurt den 3. März 1778. Oder ich schreibe auf ein anderes Papier: daß mir Herr N. die Summe von 1000 Thlr., worüber ich gestern eine Handschrift ausgestellt, heute richtig ausbezahlt habe, solches bescheinige ich hiermit; Frankfurt den 2. März 1778. Jetzt fällt die Ausflucht des nicht bezahlten Geldes, insofern sie jene Wirkung haben soll, weg; zwar nicht nach ausdrücklichen Gesetzen, aber doch nach der Rechtsanalogie und den Grundsätzen der gesunden Vernunft; denn es ist unglaublich, daß Jemand, ohne das Geld empfangen zu haben, eine solche doppelte Versicherung ausstellen werde (*1). Giebt man also Einem ein Darlehn auf einen Schuldschein, und fürchtet, daß er Einem die Auszahlung läugnen werde, so muß man sich entweder durch ein solches doppelte Bekenntniß in Sicherheit setzen (*), oder bey der Auszahlung Zeugen zuziehen.

Die exceptio n. n. p. hat aber auch 2) alsdann nicht Statt, wenn der Aussteller etwa ausdrücklich vor Zeugen, oder auch stillschweigend eingestanden hat, daß er Geld auf die Handschrift bekommen habe. Ein Factum, wodurch er den Empfang stillschweigend eingesteht, ist, wenn er Zinsen von der erhaltenen Summe, oder abschläglich auf das Capital bezahlt. 3) Wenn der Erblasser im Testament den Empfang anerkannt hat, und jetzt der Erbe belangt wird. 4) Wenn ein argentarius aus einer Handschrift klagt. Die Argentarien waren eine Art von Banquiers und Maklern, die ihre Wechselbuden auf dem Forum hatten. Sie ließen sich keine Handschriften ausstellen, ohne sogleich zu zahlen, und Niemand gab ihnen auch eine Handschrift, ohne baare Zahlung zu bekommen (*2).

(1) Struben rechtl. Bed. 4. Th. 276 S.

(*) Vergeblich aber, und eine ganz unnütze Cautel ist es, wenn in der Schuldverschreibung selbst dergleichen Bekenntniß in der Form einer Quittung mit vorkommt; z. B. Ich quittire den Herrn Gläubiger hiedurch in bester Form

über den Empfang des Geldes. Dieß kann, als Theil der Handschrift, nicht mehrere Kraft als diese selbst, folglich auch die Wirkung einer besondern Quittung (§. 856.) nicht haben.

(2) *Io. Gottfr. Sieber* diss. I. de argentariis, Lips. 1737. Diss. II de argentariis, eorumque inprimis officiis, ibid. 1739. *Hubert* diss. duae de argentariis veterum in *Oelrichs* thes Diss. Belg. vol 2. tom. 1. num. 1. et 2. — — Vorzüglich ist hiebey nachzusehen: von Almendingen über Urkundenedition und Argentarien; ein Beytrag zur Geschichte des Römischen Rechts, mit einer Nutzanwendung für die practische Rechtskunde in Grolmanns Magazin für die Philosophie und Geschichte d. Rechts u. der Gesetzgeb I. 7. W.

§. 853. Wie hat sich der Aussteller einer Handschrift gegen Schaden zu sichern?

Wenn eine Handschrift zwey Jahre alt ist, so entsteht eine Verbindlichkeit daraus. Wie habe ich mir also zu helfen, wenn ich eine Handschrift, in der Hoffnung, Geld zu bekommen, ausgestellt habe, und keins bekomme; folglich in Gefahr bin, daß der Besitzer nach zwey Jahren aus dem Schuldschein gegen mich klagen wird? Es giebt in diesem Falle verschiedene Hülfsmittel: 1) ich kann den Schuldschein condictione sine causa zurückfordern; ich kann 2) querelam non numeratae pecuniae anstellen und bitten, daß mir Beklagter entweder das Geld auszahlen, oder die Handschrift zurückgeben solle; ich kann endlich 3) wenn der Gegentheil abwesend ist, gegen alles aus der Handschrift zu besorgende Präjudiz gerichtlich protestiren. Wenn ich den letzten Weg erwähle; so wird meine exceptio n. n. p. vom Richter für beständig gültig erklärt; ich kann sie also einwenden, die Handschrift mag so alt werden, als sie will.

§. 854. Vom Litteralcontract bey dem Brautschatze.

Das zweyte Geschäft, bey dem der Litteralcontract eintritt, ist die Bestellung eines Brautschatzes. Wenn der Schwiegersohn einen Handschein ausstellt, worin er bekennt, von seinem Schwiegervater einen Brautschatz empfangen zu haben; so sind drey Fälle zu unterscheiden. Der erste ist: wenn die Ehe binnen zwey Jahren getrennt wird; der zweyte: wenn sie nach zwey Jahren, aber doch binnen zehn Jahren geendigt wird; der dritte: wenn die Trennung nach zehn Jahren erfolgt.

Man nehme also den ersten Fall an: Jemand heyrathet am 1. März 1778. und stellt seinem Schwiegervater einen Handschein aus, worin er bekennt, 1000 Thlr. Brautgabe empfangen zu haben. Am 1. Febr. 1780. stirbt die Ehefrau; die Ehe hat also keine zwey volle Jahre gedauert. In diesem Falle nun klagt der Schwiegervater entweder binnen Einem Jahre auf die Zurückgabe des Heyrathsgutes; oder erst nach Verlauf eines Jahrs. Klagt er vor Verfließung eines Jahrs, so kann ihm der Schwiegersohn die Ausflucht des nicht

bezahlten Geldes entgegensetzen; welches die Wirkung hat, daß der Schwiegervater die wirkliche Auszahlung des Brautschatzes durch andere Beweismittel, als die Handschrift, beweisen muß. Klagt er aber erst nach Ablauf des Jahrs, so muß der Schwiegersohn den Brautschatz schlechterdings zurückzahlen, und wird mit dem Beweise, er habe nichts erhalten, nicht gehört. Der Grund dieser Ordnung ist derselbe, wie bey dem Darlehn. Bey den Römern mochte es wohl häufiger, als heutigestages, geschehen, daß in den Ehepacten ein Schwiegersohn den Empfang einer Brautgabe bescheinigte, ohne sie erhalten zu haben, und daß der Schwiegervater von diesem Bekenntniß einen Mißbrauch machte. Daher wollte der Gesetzgeber, daß es nicht sogleich Beweiskraft haben sollte. Er hielt es aber auch für billig, daß man einen Schwiegersohn, welcher behauptet, er habe auf seinen Handschein nichts empfangen, den er doch dem Schwiegervater so lange in Händen gelassen, mit seinem Vorgeben, theils weil es unglaublich ist, theils zur Strafe der Nachläßigkeit nicht anhöre; theils endlich weil, wie Justinian sagt: si tacere elegit maritus, palam est, voluisse, et si non accepit dotem, omnino eum aut suos reddere heredes (*1).

Der zweyte Fall war: die Ehe wird nach zwey Jahren, doch noch vor Ablauf von zehn Jahren getrennt. Jetzt klagt der Schwiegervater entweder binnen drey Monaten; oder nachher. Geschieht jenes, so kann der Schwiegersohn exceptionem non numeratae dotis opponiren; geschieht aber das letztere, so muß der Schwiegersohn schlechterdings bezahlen.

Der dritte Fall ist: die Ehe wird, nachdem sie zehn Jahre gedauert hat, getrennt. Wenn dieß geschieht, so muß der Schwiegersohn ohne Unterschied das Heyrathsgut bezahlen, zu dessen Empfang er sich bekannt hat, und wird zu keinem Beweise des Gegentheils zugelassen *).

Uebrigens fällt auch bey dem über eine Brautgabe ausgestellten Schein die exceptio n. n. p. in denselben Fällen weg, wo sie bey dem Darlehn nicht Statt findet; wenn nemlich der Ehemann den Empfang der Brautgabe noch besonders quittirt, oder auf andere Weise vor Zeugen, oder in einem Testament anerkannt hat (§. 852.).

(1) Nov. 100. cap. 1. So ganz klar (palam) ist es indessen wohl nicht.

(*) Hiebey ist noch zu bemerken: 1) ist der Ehemann bey Ausstellung des Empfangsscheins noch minderjährig gewesen, so kann er sich gegen Ablauf der Fristen noch in integrum restituiren lassen, wenn nur seit Schliessung der Ehe noch keine 12. Jahre verstrichen sind, Nov. 100. c. 2. 2) Der Ehemann kann dem Ablauf der gesetzlich bestimmten Fristen und dessen Wirkungen durch die Klage wegen des nicht empfangenen Brautschatzes (querela non numeratae dotis) zuvorkommen, womit er aber, wenn die Ehe zehn Jahre gedauert hat, sie mag übrigens noch bestehen oder getrennt seyn, nicht weiter gehört wird.

cit. Nov. 100. cap. 1. 3) Die Wirkung des schriftlichen Bekenntnisses nach Ablauf der gesetzlichen Fristen steht zwar dem Ehemanne und dessen Erben, nicht aber bey etwa entstandenem Concurs den Gläubigern entgegen, die vielmehr immer mit dem Einwande des nicht erhaltenen Brautschatzes zu hören sind. W.

§. 855. Hat ein Litteralcontract auch in andern Fällen Statt?

Der Litteralcontract hat bloß bey dem Darlehn und der Bestellung des Brautschatzes Statt (*1). In diesen Geschäften geschieht es wohl zuweilen, daß Jemand eine Handschrift oder Empfangschein in der Hoffnung, Geld zu erhalten, ausstellt; in andern ist es nicht gewöhnlich. Daher fällt 1) in allen andern Geschäften die exceptio non numeratae pecuniae weg. Daß in dem Falle, wann ich schriftlich bekenne, ein *depositum* erhalten zu haben, diese Exception nicht Statt finde, sagen die Gesetze ausdrücklich (*2). Denn wer wird schriftlich bekennen, ein Depositum empfangen zu haben, ehe er es wirklich in Händen hat? Dieser Grund tritt aber auch bey andern Geschäften ein (*3). Ich sage, die exceptio non numeratae pecuniae fällt bey allen Geschäften außer dem Darlehn und der dotis datione weg; nemlich die exceptio n. n. p. die bisher beschrieben worden ist, und welche den Beweis der geschehenen Bezahlung auf den Kläger wälzt, fällt weg. Wenn Jemand in einem andern Geschäft behauptet, er habe das Geld nicht empfangen, dessen Empfang er doch schriftlich gestanden hat, und will es beweisen; so steht es ihm frey. Z. E. wenn ich behauptete, daß ich zwar einen Empfangschein über ein Depositum, über Gelder, die ich habe verwalten sollen u. dgl. ausgestellt, aber nichts empfangen hätte, und es beweisen will: so muß ich allerdings damit gehört werden (*4). 2) In andern Geschäften entsteht auch keine Verbindlichkeit aus einem Empfangschein, er sey so alt er wolle. Wenn ich z. E. vor 10 Jahren schriftlich bekannt hätte, 1000 Thlr. als ein Depositum erhalten zu haben, und jetzt auf die Wiederbezahlung belangt werde: so kann ich einwenden, daß ich nichts empfangen habe, aber ich muß freylich den Beweis meines Angebens übernehmen.

(1) Auf das Darlehn allein läßt sich der Litteralcontract nicht einschränken, wie Einige thun. S. *Oeltze* diss. cit. §. 26.

(2) L. 14 §. 1. C. de non num. pecun. (IV. 30.).

(3) *Mencken* diss. cit. §. 19. *Oeltze* l. c. §. 27.

(4) Ich kann auch meinem Gegner in Ermangelung anderer Beweismittel den Eyd zuschieben. Strube rechtl. Bed. III. Band, 93. S.

§. 856. Von Quittungen.

Auch auf Quittungen lassen sich die bisher vorgetragenen Sätze nicht anwenden, sondern bey diesen ist folgendes Rechtens: 1) wenn ein öffentlicher Gelderheber eine Quittung ausstellt: so entsteht daraus sogleich ein Beweis

gegen ihn. Denn ein solcher Mann stellt nie Quittung aus, ehe er das Geld empfangen hat. 2) Wenn mir Jemand anders eine Quittung gegeben hat, und gleichwohl die quittirte Summe einklagt: so klagt er entweder binnen dreyßig Tagen, oder nachdem die Quittung dreyßig Tage alt ist. Gesetzt das Erste geschieht; ich habe am 1. Januar bezahlt, und unter diesem Datum eine Quittung erhalten. Am 20. Januar belangt mich der Andere auf die Schuld. Ich lege also seine Quittung vor. In diesem Falle kann er mir die exceptionem oder eigentlich replicam non numeratae pecuniae entgegensetzen; das heißt sagen, er hätte die Quittung in Hoffnung der Zahlung ausgestellt, hätte aber keine Zahlung erhalten. Dieß hat die Wirkung, daß ich die geschehene Zahlung auf andere Weise als durch die Quittung beweisen muß. Wenn hingegen das Letzte geschieht, wenn ich z. E. meine Schuld am 1. Januar abgetragen, und darüber quittirt worden bin, am 15. Februar aber auf die Schuld belangt werde, so kann ich mich mit meiner Quittung schützen; sie führt eine vollkommene Beweiskraft bey sich, weil sie älter als dreyßig Tage ist.

Wie aber, wenn der Erheber öffentlicher Gelder, oder wenn ein anderer Kläger, welchem eine dreyßig Tage alte Quittung vorgelegt wird, beweisen will, daß er nichts darauf empfangen habe, muß er nicht mit diesem Beweis gehört werden? Die billigere und durch den Gerichtsbrauch angenommene Meynung ist, daß dieß allerdings geschehen müsse (*1).

(1) *Leyser* am a. O. Doch s. auch *Müller* ad *Leyser* tom. 2. fascic. 1. obs. 294. Hingegen *Wernher* part. 2. obs. 355. p. 357. und obs. 356. p. 462. läßt nur die exceptionem doli zu.

§. 857. Von der condictione ex chirographo.

Die condictionem ex chirographo stelle ich an, wenn ich ein schriftliches Bekenntniß eines Andern über den Empfang eines Darlehns oder einer Brautgabe besitze, welches das gesetzliche Alter hat, gegen den Aussteller, und zwar dahin, daß er die darin enthaltene Summe an mich bezahlen soll. Was das gesetzliche Alter sey, ist erklärt worden. Bey dem Darlehn sind es zwey Jahre; bey der Brautgabe sind die drey angegebenen Fälle zu unterscheiden; im ersten ist das gesetzliche Alter die Zeit des Ehestandes, und noch ein Jahr weiter; im zweyten die Zeit des Ehestandes, und noch drey Monate drüber; im dritten die zehnjährige Dauer der Ehe.

§. 858. Praxis des bisher Vorgetragenen.

Ich habe bisher die Lehre vom Litteralcontract vorgetragen, wie ich glaube, daß sie den Gesetzen gemäß sey. Allein nicht alle Juristen sind dieser Meynung. Denn 1) behaupten Einige mit Zoll (*1), man könne einer über ein Darlehn ausgestellten Handschrift zwar die Einrede des nicht gezahlten Geldes entgegensetzen, aber man müsse sie allezeit beweisen; die Gesetze L. 3. et 10. C. de non

rum. pec. (IV. 30.), welche man für die gemeine Meynung anführt, redeten von instrumentis indiscretis, das heißt solchen, die keine causam debendi enthalten, worin jemand gesteht, daß er etwas schuldig sey, aber nicht aus welchem Grunde. Diese Meynung ist aber offenbar irrig. Denn a) die exceptio deficientis causae debendi ist eine *perpetua*, das heißt, sie ist in keinen gewissen Zeitraum eingeschränkt; die exceptio n. n. p. aber dauert nur eine gewisse Zeit (§. 1199.); b) die oben angeführten Gesetze sagen kein Wort vom Mangel der causae debendi, und c) die Gesetze, welche Zoll für seine Meynung anführt, beweisen gar nichts (*2).

2) Verschiedene Juristen (*3) behaupten, daß nicht bloß bey dem Darlehn und der Brautgabe, sondern in allen Contracten, wo Jemand durch den Empfang der Sache zur Restitution verpflichtet wird, z. E. im Commodat, Pfandcontract u. s. w. einem Empfangschein, der noch keine zwey Jahre alt ist, die exceptio non numeratae pecuniae entgegengesetzt werden könne. Allein die Gesetze reden bloß vom Darlehn und der Brautgabe. Ihre Verordnung ist auch so beschaffen, daß man sie ohne Widerspruch der gesunden Vernunft nicht ausdehnen kann (*4).

3) Viele Rechtsgelehrten (*5) sind der Meynung, daß man einer Handschrift auch nach dem Ablauf der gesetzlichen Frist die Einrede des nicht gezahlten Geldes entgegensetzen könne; wenn man sie nur beweisen wolle. Ob nun gleich diese Meynung einige ziemlich deutliche Gesetze, insonderheit die L. 8. L. 10. L. 14. §. 2. C. de n. n. p. und §. un. I. h. t. Nov. 100. cap. 1, gegen sich hat (*6): so ist sie doch in den meisten Gerichten angenommen, und das billig, da sie so offenbar vernunftmäßig ist (*7). Wo dieß geschehen ist, da hat 1) die exceptio non numeratae pecuniae zwey verschiedene Gattungen; sie ist entweder *privilegiata*, oder *non privilegiata:* Wenn die Handschrift das gesetzliche Alter noch nicht hat, und ich ihr die Einrede des nicht gezahlten Geldes dergestalt opponire, daß der Kläger die Auszahlung beweisen muß: so heißt sie privilegiata (weil es allerdings eine besondere Begünstigung der Gesetze ist, daß der Aussteller seines schriftlichen Bekenntnisses ungeachtet vom Beweise des Gegentheils befreyt wird). Wenn hingegen der Schuldschein das gesetzliche Alter erreicht hat, und ich ihm die exceptionem non numeratae pecuniae zwar entgegensetze, aber zum Beweis derselben verbunden bin, so heißt sie minus privilegiata. 2) Fällt der Litteralcontract ganz weg (*8). Denn die Handschrift wirkt nun, sie mag so alt seyn als sie will, keine Verbindlichkeit. Wo aber auch diese Meynung nicht recipirt ist, da muß man doch nach den Grundsätzen des Canonischen Rechts die Einrede des Betrugs zulassen, das heißt, wenn einer aus einer Handschrift klagt, welcher weiß, daß nichts darauf bezahlt worden ist, also in mala fide ist, so kann man

ihm die Einrede des Betrugs entgegensetzen, obgleich die Handschrift das gesetzliche Alter hat (*9).

(1) *Zoll.* diss. de except. non num. pec. th. 5. *Boehmer* introd. in ius dig. tit. de reb. cred. § 22.

(2) Wie *Schlüter* diss. de exc. non num. pec. §. 12. sqq. zeigt.

(3) *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de reb. cred. § 63. *Coccei* iur. controv. eod. tit. qu. 23. Meurers jurist. Abhandl. S. 41. u. f.

(4) *D. Gothofred* ad L. 6. C. de n. n. p. *Huber* ad Inst. h. t. n. 1. *Zanger* de except P. 3. cap. 14. n. 35. sqq. *Carpzov.* P. 1. C. 33. d. 68. Strube rechtl. Bed. 3. Th. S. 93. *Madihn* diss. cit. §. 8. — Daß auch besonders die exceptio n. n. p. wie solche das R. A. vor Ablauf der zwey Jahre begünstigt, gegen eigentliche Wechsel nicht Statt finde, ist durch den Reichsschluß vom Jahr 1671. klar verordnet. Man s. auch Danz im Handb. des deutschen Privatrechts III. §. 225. W.

(5) *Rebhan* paralip. Dec. 8 Qu. 3. *Schilter* Ex. 22. th. 31. *Voet.* ad Pand. tit. de reb. cred. n. 32. *Titii* diss. de putativo contractu literali, in collect. diss. n. 3. Meurers jurist. Abhandl. S. 60 u. f. C. A. von Braun in einer besondern Abhandlung hierüber bey Siebenkees jurist. Magaz. I. 216. Sie behaupten, daß in den Gesetzen, wo es heißt, die exceptio non num. pecun. habe nach Ablauf der gesetzlichen Fristen nicht Statt, nur von der privilegirten die Rede sey. Einige lassen bey dem Darlehn die Exception nach Verlauf der zwey Jahre, bey den über eine Brautgabe ausgestellten Scheinen hingegen dieselbe nach Verfließung der gesetzlichen Fristen nicht zu. Dieser Meynung ist *Pufendorf* Tom. 1. obs 64. 65.

(6) Im §. un I. h. t. heißt es: si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est, post multum temporis exceptionem opponere non potest. Hoc enim saepissime constitutum est. *Sic fit, ut et hodie, dum quaeri non potest, scriptura obligetur*, und Harmenopulus lib. 2. tit. 2. num. 4. sagt: qui negat numerationem esse factam, nisi intra biennium aut convenietur, aut ea de re protestetur, *nullam habet defensionem*. Die Worte der Nov. 100. habe ich vorhin (§. 854.) angeführt. *Donell.* comment. lib. 14. cap. 38. *Hunn.* resolut. lib. 3. part. 6. qu. 2. p. 794. *Fachin.* controvers. lib. 2. cap. 81. *Vinn.* in commentar. h. t n 7. sqq et in quaest. sel. lib. 1. cap. 41. *Nebelkrae* decis. 22. *Cocceii* l. c qu. 29. *Wernher* part. 1. obs. 6. *Madihn* diss. cit. §. 11.

(7) Man stelle sich z. E. den Fall vor, ich würde aus einem zwey Jahre alten Schuldschein belangt, und legte einen von dem Kläger ausgestellten Mortificationsschein vor. Sollte dieser nicht angenommen werden? Dies wäre unsinnig. Gestritten wird auch darüber, ob der, welcher die unprivilegirte except. n. n. p. opponiret, seinem Gegner den Eyd zuschieben könne. Justinian sagt in der L. 14 §. 3. C. de n. n. p. illud semper observandum, ut in quibus casibus non permittitur, exceptionem n. n. p. proponere, vel ab initio, vel post laxatum tempus elapsum, *in his nec iusiurandum offerre liceat.* Allein wo man in der Praxis die unprivilegirte exc. n. n. p. Statt finden läßt, da kann man auch die Eydeszuschiebung nicht ausschließen.

(8) *Madihn* l. c. §. 76.

(9) *Wernher* l. c. n. 6. *Reinharth* ad *Christin.* vol. 1. obs. 42. *Oelze* l. c. § 32.

Weber von Klagen und Einreden. S. 91. Anderer Meynung ist *Müller* ad *Leyser* obs. 296. Vergl. auch Cap. fin. X. de praescription. Wehrn von gerichtl. Einreden. §. 8.

TIT. XXIII.

DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU.

§. 859. Woher die Consensualcontracte ihren Namen haben?

Wir gehen zu den Consensualcontracten. Sie haben ihren Namen nicht daher, weil sie den Consens der Contrahenten erfordern; denn alle Verträge erfordern denselben, und müßten also sämmtlich Consensualcontracte heissen. Sondern die Benennung gründet sich darauf, daß diese Contracte nichts als Consens nöthig haben. So ist es bey andern Contracten nicht; ein Realcontract ist nicht eher vorhanden, als bis einer der Interessenten ihn erfüllt; ein Verbalcontract nicht eher, als bis die Formel ausgesprochen ist; ein Litteralcontract alsdann erst, wenn die Scriptur aufgesetzt ist. Das alles aber ist bey einem Consensualcontract nicht erforderlich.

Indessen bemerke man, obgleich die Consensualcontracte nichts als die Einwilligung erfordern, so sind doch die pacta de ineundo contractu consensuali von den Consensualcontracten selbst unterschieden, z. E. das pactum de vendendo ist von dem Kauf verschieden. Denn 1) wirken die Consensualcontracte selbst eine Verbindlichkeit entweder etwas zu thun oder zu geben (obligationem dandi oder faciendi), die pacta de ineundo contractu consensuali hingegen allezeit eine Verbindlichkeit zum Thun (obligationem faciendi); ich verspreche zu contrahiren, also etwas zu thun. 2) Kann das pactum de ineundo contractu consensuali unter andern Personen geschlossen werden, als der Contract selbst, z. E. ich kann einem versprechen, daß ihm mein Erbe etwas verkaufen solle. 3) Wenn Zwey ein pactum de contrahendo schließen, so wollen sie noch nicht als wirkliche Contrahenten angesehen seyn; ihre Absicht ist, es erst in Zukunft zu werden. Daher entsteht 4) auch aus dem Vertrag eine andere Klage, als aus dem Contract. Z. E. aus dem Kauf entsteht actio emti auf die Tradition der Waare, und venditi auf die Bezahlung des Kaufschillings; aus dem pacto de vendendo hingegen nur eine Klage, daß der Andere den Kauf schließe. Bey den Römern mußte 5) der Vertrag, wenn er eine Klage wirken sollte, durch eine Stipulation eingegangen seyn, die Consensualcontracte erforderten dergleichen nicht. 6) Bey den Consensualcontracten ist eine reciproke Verbindlichkeit, bey den vorausgehenden Verträgen nur eine einseitige. Z. E. wenn ein Kauf geschlossen ist, so ist der Verkäufer schuldig, die Waare zu geben, und der Käufer den Kaufschilling zu zahlen;

hingegen durch das pactum de vendendo mache ich mich verbindlich, die Sache dem Andern zu verkaufen, er aber wird nicht verbunden, sie zu kaufen (*[1]).

(1) *Mudaeus* (ICtus, si quisquam profecto accuratus, wie ihn Hert in diss. de pact. ne dom. rem suam alien. §. 8. nennt.) de contrah. emt. vend. cap. 2. pag. m. 5. sqq. hat diese Sache am besten ausgeführt. S. auch *Berlich* part 1. d. 142. Hingegen kann ich dem, was *Backov* ad *Treutler*. vol. 1. disp. 18. th. 7. lit. A. *Stryk* ad *Lauterb*. tit. de contrah. emt. vend. verb. differat. und *Ludovici* in us. dist. iurid. eod. tit. dist. 7. darüber sagen, nicht beypflichten. Auch *Thomas*. diss. de valid. coniugii invitis parentibus contracti § 5. collect. diss. Tom. 1. p. 633 hat die Sache nicht richtig vorgestellt, wenn er glaubt, bey dem pacto de emendo sey der Kaufschilling immer unbestimmt.

§. 860. Von der Natur dieser Contracte.

Alle diese Contracte sind also 1) bonae fidei negotia. Denn sie werden ohne Formel geschlossen; man sieht daher bey ihnen auf die Billigkeit; bleibt nicht streng an den Worten hangen. Umgewendet aber kann man nicht sagen, daß alle negotia bonae fidei Consensualcontracte seyen. Denn die Realcontracte sind auch negotia bonae fidei. 2) Sie können unter Abwesenden durch Briefe oder Boten geschlossen werden, welches bey der Stipulation nicht angieng (§. 833.). Auch durch einen Wink und stillschweigend kann man sie eingehen. Wenn jemand an einen Beckerladen geht, ein Brod nimmt und dem Becker das Geld reicht; wenn Jemand in ein Transportschiff steigt: so ist im ersten Fall ein Kauf, im zweyten ein Miethcontract stillschweigend geschlossen. Die Consensualcontracte werden oft auch schriftlich aufgesetzt; ja oft wird ausgemacht, daß sie nicht eher verbindlich seyn sollen, als bis sie aufgesetzt, unterschrieben und untersiegelt seyn würden. In diesem Fall sagt man, die Partheyen haben in scriptis contrahiret. Es ist also ein Unterschied a) zwischen einem mündlich abgeschlossenen, nachher nur des Beweises wegen schriftlich aufgesetzten Contract, und b) zwischen einem in scriptis geschlossenen.

Zwey Anmerkungen muß ich diesen beyfügen. Die erste: wenn ein Consensualcontract auch in scriptis geschlossen worden ist, so ist er darum kein Literalcontract. Denn es entsteht doch auch jetzt aus der Scriptur keine Verbindlichkeit. Will einer von den Contrahenten beweisen, daß die Urkunde nicht nach der wahren Absicht der Contrahenten abgefaßt sey, so wird er damit gehört. Die zweyte: wenn die Paciscenten weiter nichts als dieß ausgemacht haben, daß der Contract schriftlich aufgesetzt werden solle, so folgt noch nicht allezeit, daß sie *in scriptis* haben contrahiren wollen. Um dieß behaupten zu können, wird erfordert, daß es entweder die Contrahenten ausdrücklich erklärt haben, oder daß es aus den Umständen erhelle. Im Zweifel ist anzunehmen, daß die Scriptur bloß des Beweises wegen habe hinzukommen sollen (*[2]).

(1) *Huber* prael. ad Pand. tit. de contr. emt. vend. §. 2 sqq. *Brunnemann* ad L. 17. C. de fide instr. *Stryk* caut. contr. Sect. 2. cap. 8. § 2. sq. *Pufendorf* Tom. 2. Obs. 52.

§. 861. Fünf Gattungen derselben.

Das ältere Römische Recht hatte vier Gattungen von Consensualcontracten: 1) den **Kauf und Verkauf** (*emtio venditio*); 2) den **Miethcontract** (*locatio conductio*); 3) den **Mascopey- oder Gesellschaftscontract** (*societas*); 4) **die Bevollmächtigung** (*mandatum*). Kaiser Zeno setzte noch den fünften, die *emphyteusin*, zu.

TIT. XXIV.

DE EMTIONE ET VENDITIONE.

§. 862. Was ist der Kauf?

Der **Kauf** ist ein Consensualcontract, wo ich Jemanden eine Sache für einen gewissen Preis zu übergeben verspreche. Man hat gegen diese Definition eingewendet, sie passe auch auf den Miethcontrat, aber ohne Grund. Denn in diesem wird die vermiethete Sache nicht übergeben, tradirt, in dem Sinne nemlich, wie die Rechtsgelehrten dieses Wort nehmen (§. 334). Der Kauf ist entweder ein öffentlicher oder **Privatkauf**. Ein öffentlicher ist vorhanden, wenn die Sache öffentlich ausgeboten, und dem Meistbietenden überlassen wird; ein Privatkauf, wenn dieß nicht geschieht. Werden unbewegliche Sachen öffentlich verkauft, so heißt es Subhastation; wenn hingegen bewegliche Sachen auf diese Weise verkauft werden, Auction.

§. 863. Wesentliche Eigenschaften des Kaufcontractes.

Der wesentlichen Stücke dieses Contractes sind drey. 1) Einwilligung; 2) eine Sache, welche tradirt werden soll, eine **Waare**, *merx*; 3) eine bestimmte Summe Geldes, oder *pretium*.

§. 864. Wann ist der Kaufcontract zur Vollkommenheit gelangt?

Der Kauf erfordert die Einwilligung der Contrahenten. Sobald als sie über Waare und Preis einig sind, ist der Kauf geschlossen; wofern sie nicht ausmachen, daß der Kauf *in scriptis* geschlossen werden soll (869.).

§. 865. Von Zwang, Betrug, Irrthum bey dem Kauf.

Da der Kaufcontract eine freye Einwilligung der Contrahenten erfordert, so kann a) niemand zu kaufen oder zu verkaufen gezwungen werden, wenn es nicht die höchste Billigkeit oder das Staatsbeste erfordert. So zwingt man z. E. einen zum Verkauf des Getreides, der zur Zeit der Theurung einen großen Vorrath hat, und noch immer auf größere Theurung wartet; wer in einer Stadt einen leeren Platz besitzt, kann gezwungen werden, ihn an Baulustige

zu verkaufen; wenn eine Chaussee angelegt werden soll, so müssen die Unterthanen ihre Feldgüter verkaufen, über welche die Chaussee läuft; wenn einer Stadt eine Bloquade bevorsteht, so kann man die Einwohner nöthigen, sich Victualien anzuschaffen. Veranstaltet der Landesherr ein gemeinnütziges Werk, z. E. eine Sammlung der Landesgesetze, so kann jede Gemeinde angehalten werden, ein Exemplar zu kaufen. 3) Jeder kann kaufen und verkaufen, dem es die Gesetze nicht verbieten. So haben wir z. B. oben gesehen, daß ein Vormund Sachen seines Pupillen nur unter gewissen Einschränkungen kaufen kann. Betrug und Irrthum machen in soweit den Kauf ungültig, als sie jedem Vertrag die verbindliche Kraft benehmen. 4) Weil der Kauf eine ganz freye Einwilligung erfordert, so konnten nach Römischem Recht die Gouverneurs der Provintzen (magistratus provinciales) nichts kaufen, als nöthige Victualien und Kleidungsstücke, weil man glaubte, die Unterthanen hätten, wenn der Gouverneur mit ihnen handeln wollte, keinen freyen Consens. Heutigestages fällt diese Verordnung weg.

§. 866. Welche Dinge ein Gegenstand des Kaufs seyn können.

Der Kauf erfordert Waare, *mercem.* Dieß Wort bedeutet bey den Rechtsgelehrten jede Sache, welche gekauft und verkauft wird; nicht nur eine bewegliche, sondern auch unbewegliche. Alle Sachen können also ein Gegenstand des Kaufcontracts werden, die im Commerz sind. Auch Hoffnung kann man einem verkaufen; das heißt: man kann einem das verkaufen, was durch eine gewisse Handlung, deren Ausgang noch ungewiß ist, erhalten werden wird (emtio rei adquirendae incertae). Hieher gehört *emtio aleae*, ich kaufe einem das ab, was er in einem gewissen Glücksspiel gewinnen wird, er gewinne etwas oder nichts; emtio *iactus retis*, wenn ich dem Fischer abkaufe, was er bey dem nächsten Zug fangen wird: ich verspreche ihm ein gewisses Geld, er mag nun bey dem Zuge etwas oder nichts, viel oder wenig fangen; *captus avium*, wenn ich mit einem Vogelsteller auf diese Weise contrahire; *emtio missilium*, wenn etwas unter das Volk ausgeworfen wird, und ich einem für das, was er dabey erhaschen wird, er bekomme nun etwas oder nichts, ein Stück Geld verspreche; ein Kauf, der wohl heutzutage selten vorkommt (*[1]).

Nicht nur jetzt schon existirende, sondern auch künftige Sachen können verkauft werden; z.E. ich kann einem die Früchte abkaufen, welche auf seinem Acker im künftigen Jahr wachsen werden (*[2]). Ferner sowohl körperliche als unkörperliche Sachen sind ein Gegenstand des Kaufes. Exempel vom Kauf einer unkörperlichen Sache sind der Kauf einer Erbschaft (emtio hereditatis (*[3]), und eines persönlichen Anspruches (actionis). Wenn mir z.E. A. 1000 Thlr. schuldig ist, so kann ich diese Forderung an den B.

verkaufen. Aber auch andere Rechte, Servituten, Zehendrecht, Jagdgerechtigkeit u. d. gl. können gekauft und verkauft werden.

Endlich sind auch fremde Sachen ein Object des Kaufcontractes. Wenn ich nemlich einem eine Sache verkaufe, die mir nicht gehört (S. die Tabelle 54. b.): so ist entweder die Frage: was die Wirkung des Contractes in Ansehung unserer, der Contrahenten ist; oder was in Rücksicht auf den wahren Eigenthümer Rechtens sey. Im letzten Fall ist die Antwort: dieser kann seine Sache vindiciren, nur muß er sich melden, ehe der Käufer die Sache verjährt hat. Im ersten Fall aber muß man in Ansehung der Wirkungen drey Fälle distinguiren: a) Wenn beyde Theile wissen, daß die Sache einem Dritten gehört; b) wenn keiner von beyden Theilen weiß, daß die Sache einem Dritten gehört; c) wenn nur Einer es weiß.

Im Fall, a) wenn beyde Contrahenten wissen, daß die Sache einem Dritten gehört; so sind sie entweder in bona oder in mala fide. Sind sie in mala fide, so werden sie als Diebe angesehen, und von diesem Fall redet der folgende §. Num. 6. Wie aber, wenn sie in bona fide sind? Man denke sich den Fall, der Verkäufer glaubt, die Sache sey dem Eigenthümer feil, und er erzeige ihm durch deren Verkauf einen Gefallen; der Käufer hingegen ist in der Meynung, der Verkäufer habe Commission zum Verkauf. In diesem Fall ist meines Dafürhaltens der Kauf gültig (*4). Eben dieses ist ohne Zweifel in dem Fall b) Rechtens, wenn keiner von den Contrahenten wußte, daß sie über eine fremde Sache contrahirten. Endlich in dem Fall, c) wenn es nur Einer wußte, daß die Waare einem Dritten gehöre, so distinguire man wieder: dieser eine ist entweder in mala oder in bona fide. Ist jenes, so gehört der Fall zum folgenden §. Ist hingegen das letzte (der Verkäufer glaubte, dem Eigenthümer durch den Verkauf einen Gefallen zu thun, der Käufer aber meynte, die Waare gehöre dem Verkäufer; oder umgekehrt, der Verkäufer glaubte, seine eigene Sache zu verkaufen, der Käufer wußte wohl, daß sie einem Dritten gehöre, stand aber in den Gedanken, der Verkäufer sey zum Handel bevollmächtiget), so gilt der Kauf.

(1) L. 8. de contr. E. V. L. 11. §. 18. L. 12. de A. E. et V. In den Beyspielen von emtione spei, die in der L. 8. angeführt werden, ist der verkaufte Gegenstand noch nicht in der Gewalt des Verkäufers. Indessen sehe ich nicht ein, warum man es nicht mit *Stryk* diss. de emt. spei, §. 30. *Schlütte* diss. de eo quod iust. est circa vendit. rer. fut. §. 18. emtionem spei sollte nennen können, wenn der Gegenstand in der Gewalt des Verkäufers ist, er mir ihn aber nur in dem Fall leisten soll, wenn ein gewisser zufälliger Umstand existiret. So ist es z. B. wenn ich in die Lotterie setze, in eine Glücksbude greife. Weil bey der emtione spei der Kaufschilling bezahlt werden muß, es mag Waare geliefert werden oder nicht; bey der emtione rei speratae hingegen nichts bezahlt wird, wenn keine Waare geliefert wird, so sagt man: emtio spei pura

est, emtio rei speratae conditionalis. *Mudaeus* ad tit. de contr. emt. cap. 3. n. 6.

(2) Wenn ich einem künftige Früchte abkaufe, so sind drey Fälle möglich: 1) ich kaufe sie auf Maaß, Zahl, Gewicht; z. B. ich kaufe dir allen Wein ab, der künftigen Herbst in deinem Weinberge gekeltert wird, und bezahle dir für jede Ohm 20 Thlr. (emtio rei speratae). 2) Ich bezahle dir für alle Früchte, die du ziehest, es wachse viel, oder wenig, oder nichts, eine gewisse Summe (emtio spei). 3) Ich bezahle dir für die Früchte eine gewisse Summe, wenn aber gar nichts wächst, so bezahle ich auch nichts (emtio rei speratae). Wenn es zweifelhaft ist, ob ich auf die zweyte oder dritte Weise gekauft habe, so wird das letzte vermuthet. *Sam. Stryk* de caut. contr. sect. 2. cap. 8. §. 10. sqq. et *Io. Sam. Stryk* diss. cit. §. 13. Die deutschen Reichsgesetze verordnen indessen, daß Früchte auf dem Halm nicht anders gekauft werden dürfen, als wenn der Käufer das bezahlt, was die Früchte bey der Ernde nach dem Marktpreis gelten. Reichs-Policeyordnung vom J. 1548. 17. Tit. 1. §. *Heineccii* diss. de venditione illicita fructuum in herbis, Hal. 1738.

(3) Eine Erbschaft kaufen, heißt nicht das Erbrecht kaufen, dieß kann von dem Erben auf Niemand als seine Erben übertragen werden; sondern den Nutzen der Erbschaft. *Schulting* thes. controv. dec. 65. th. 4.

(4) Ulpian sagt in der L. 28. D. contr. emt. vend. ganz allgemein: rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est, und in der L. 25. §. 1. eod. qui vendidit, necesse non habet fundum emtoris facere; es ist genug, wenn er die Sache tradiret, und im Fall, daß sie dem Käufer abgestritten wird, die Eviction leistet. (§. 878.) *Mudaeus* ad tit. de contrah. emt. vend. p. m. 28. sqq. *Hert.* diss. de convent. domin. translativ. §. 28. Opusc. Vol. 1. Part. 3. pag. 59.

§ 867. Welche Dinge hingegen nicht?

Kein Gegenstand des Kaufes sind 1) *res extinctae*; das heißt, wenn die Contrahenten glaubten und voraussetzten, die Sache sey noch vorhanden, sey noch am Leben (im Fall es eine lebende Sache ist); und nachher zeigt sich das Gegentheil, so gilt der Kauf nicht. Z. E. wenn ich in Deutschland wohne, einem mein Haus in Paris, mein Reitpferd, das jetzt in London ist, verkaufe, und nachher die Nachricht kommt, daß zur Zeit des geschlossenen Kaufs das Haus schon abgebrannt, das Pferd crepirt war: so ist der Kauf ungültig.

2) **Freye Menschen.** Sklaven können verkauft werden, aber keine freye Leute. Wenn ich also wissentlich einen freyen Menschen kaufe, so ist der Kauf nichtig.

3) Res divini iuris, das heißt sacrae und religiosae. Daß heutiges tages dergleichen Sachen verkauft werden können, habe ich schon oben bemerkt (§. 271.).

4) Sachen, die dem ganzen Staat gehören, können nur vom Staate, aber nicht von einem Unterthan verkauft werden (*1).

5) Waaren, deren Verkauf durch Specialgesetze verboten ist, Contre-

Bandewaaren, confiscirte Bücher u. dgl. In Frankreich, in England, im Oesterreichischen, im Brandenburgischen sind viele ausländische Waaren contreband; der Verkauf einer solchen Sache ist daher ungültig. Uebrigens ist in allen diesen Fällen zu bemerken, daß der Kauf nur in gewisser Rücksicht ungültig ist. Nemlich der Käufer kann nicht klagen, daß ihm die Sache übergeben werde. Wenn er indessen nicht gewußt hat, daß die verkaufte Sache kein Gegenstand des Kaufs sey, so kann er auf Entschädigung klagen, oder wenigstens auf Zurückgabe des Kaufschillings, in dem Fall nemlich, wenn auch der Verkäufer die Beschaffenheit der Sache nicht wußte.

6) Wenn einem eine gestohlne Sache verkauft wird (S. die Tabelle 54. o.); das heißt, eine Sache, die vorhin schon gestohlen war, oder die *mala fide* verkauft, und dadurch gleichsam jezt gestohlen wird (*[2]): so fragt man entweder, was in Ansehung der Contrahenten, oder was in Ansehung des Eigenthümers Rechtens ist? Ist die Frage vom Eigenthümer, so gilt eben das, was bey dem bona fide geschehenen Verkauf einer fremden Sache gilt (s. vorigen §.); der Eigenthümer kann seine Sache vindiciren. Ist aber die Frage von den Contrahenten, so unterscheide man wieder drey Fälle: a) beyde Contrahenten wissen, daß die Sache gestohlen ist; b) keiner weiß es; c) einer allein weiß es. Im ersten Fall ist der Verkauf von beyden Seiten ungültig; im zweyten gilt er in allem Betracht; im dritten distinguire man: wenn der Käufer weiß, daß die Sache gestohlen ist, so entsteht für ihn eine Verbindlichkeit aus dem Contract, keine für den Verkäufer. Weiß es hingegen nur der Verkäufer, so werden beyde aus dem Contract verpflichtet. Die Ursache, warum die Gesetze hier einen Unterschied zwischen Käufer und Verkäufer statuiren, sagt man, sey diese: wenn der Käufer wisse, daß die Sache gestohlen sey, so könne er nicht anders, als auf eine unerlaubte Weise (turpiter) sie annehmen, und den Verkäufer zur Tradition anhalten. Hingegen wenn der Verkäufer allein die Beschaffenheit der Sache wisse, so sey es billig, daß er den Contract erfülle, so gut er könne, also die Sache tradire, und, wenn sie dem Käufer evincirt wird, die Eviction leiste (*[3]).

7) Sachen, die im Proceß liegen (res litigiosae). Während des Processes soll alles in seinem Stande bleiben, der Kläger soll seine Forderung und der Beklagte die in Anspruch genommene Sache nicht alieniren. Z. E. wenn ich einen auf 1000 Thlr. verklagt habe, so darf ich während des Rechtsstreits diese Forderung keinem Andern abtreten; wenn mich einer wegen eines Hauses belangt, und behauptet, daß es sein gehöre, so darf ich, so lang der Proceß dauert, das Haus nicht veräußern. Die Alienation einer solchen im Proceß befangenen Sache ist nach dem Römischen Recht nichtig. Aber ob diese Verordnung bey uns in Uebung sey, ist zweifelhaft. Leyser und Cra-

mer a. a. O. auch Struv (*4) und Berger (*5) behaupten, daß sie e nicht völlig sey, sondern daß die Alienation einer litigiosen Sache an sich gelte jedoch den Rechten der andern Parthey unbeschadet. Wenn also de Beklagte die Sache alienire, und der Proceß zu Ende sey: so werde die Sentenz gegen den neuen Besitzer der Sache exequirt, ohne daß er neue Exceptionen machen könnte, und ein neuer Proceß mit ihm nöthig wäre.

(1) Indessen sagt Modestin L. 62. §. 1. D. de contrah. emt. Qui nesciens loca sacra, vel religiosa, vel publica pro privatis comparavit, licet emtio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit eius, ne deciperetur. S. *Marckart* probabil. receptar. iur. civ. lect. part. 1. pag. 46. sqq.

(2) Daß dieses auch als Verkauf einer gestohlnen Sache anzusehen ist, behauptet mit Grund *Mudaeus* l. c.

(3) *Franzk.* ad Pand. tit. de contrah. emt. vend. n. 145. sqq. Der Käufer kann auch den Kaufschilling nicht zurückfordern.

(4) *Struv.* ex 46. th. 52.

(5) *Berger* oecon. iur. p. 647. (ed. vet.) n. 22. Man sehe auch *Müller* ad *Leyser* Obs. 806.

§. 868. Vom Kaufschilling.

Das dritte Erforderniß des Kaufes ist der Kaufschilling. Dieser muß in einer bestimmten Summe Geldes (pecunia numerata) bestehen (*1). Wenn also Sache für Sache gegeben wird, so ist es kein Kauf, sondern ein Tausch. Auch alsdann, wenn die Summe Geldes nicht bestimmt ist, wenn ich z. E. sagte: ich gebe dir eine Handvoll Ducaten für die Sache (si pecunia in folle datur): so ist es ein Tausch und kein Kauf (*2). Bey den Römern war übrigens der Unterschied zwischen dem Kauf und Tausch wichtiger, als bey uns. Denn der Tausch war ein contractus innominatus; bey ihm hatte also die Reue Statt (§. 801.), welche bey dem Kauf wegfiel. Heutigestages aber findet weder in dem einen noch in dem andern Contract die Reue Platz. Es kommt also in dieser Rücksicht nichts darauf an, ob man einen gewissen Contract für einen Kauf oder Tausch halten will (*3).

(1) Eine der berühmtesten Streitfragen unter den Secten der Classiker ist: ob der Kaufschilling nothwendig in Geld bestehen müsse. *Mascov.* de sectis, cap. 9. §. 10. Sabinus und Cassius behaupten, der Kaufschilling könne auch in andern Sachen bestehen; es komme alles auf die Absicht der Contrahenten an; wenn ich z. B. einen Rock kaufen wollte, hätte aber kein Geld, und gäbe statt einer Summe Geld meinen Mantel für den Rock, so sey es ein Kauf. Nerva und Proculus läugneten diese Sätze, und ihre Meynung wurde durch kaiserliche Constitutionen angenommen. §. 2. I. h. t. L. 1. §. 1. D. eod. L. 1. de rer. permut. L. 9. C. h. t. (IV. 38.) L. pen. C. de rer. permut. (IV. 64.)

(2) Ein Kauf aber ist es doch, wenn ich sage: ich gebe dir alles Geld, das ich hier in der Hand, hier im Beutel habe. *Schulting* thes. controv. dec. 63. th. 7.

(3) Indessen ist doch darum die Frage nicht ganz ohne practischen Nutzen, wie Le.

Frid. Wernher progr. de utilitate quaestionis, utra in dubio, emtio venditio an permutatio celebrata intelligatur, in eiusd. disquisit. iurid. collect. 2. p. 14. sqq. und *Car. Frid. Walther* diff. de vero genere contractus ex permutatione et emtione aequaliter mixti, (Altorf, 1744.) §. 9. sqq. zeigen. Wenn ich einem eine Sache aus einem Tauschcontract übergebe, so wird er Eigenthümer, ob er gleich den Contract von seiner Seite noch nicht erfüllt hat. L. 4. C. de rer. permut. (IV. 64.). Bey dem Kauf geschieht dieß nicht, wofern nicht auf Borg gehandelt ist. (§. 871.).

§. 869. Der Kauf geschieht entweder auf ein gewisses Maaß, oder im Bausch und Bogen.

Der Kaufschilling kann auf verschiedene Weise festgesetzt werden (S. die 55. Tabelle). Wenn ich Einem nämlich eine Sache verkaufe, welche in einzelne Quantitäten vertheilt werden kann; welche bey einem darüber geschlossenen Contract gezählt, gemessen, oder gewogen wird; z. E. Eyer, Aepfel, Getreide, Wein, Bier, Tuch, ein Acker, eine Wiese u. s. w. so wird entweder auf jede einzelne Quantität ein besonderer Preis gesetzt; oder es wird nur ein Preis überhaupt bestimmt. Z. E. wenn ich einem einen Haufen Getreide abkaufe, so verspreche ich entweder für jedes Malter eine gewisse Summe Geldes, oder ich verspreche für den ganzen Haufen überhaupt etwas. Im ersten Fall heißt es *emtio ad mensuram*; im letzten *emtio per aversionem*, auf Bausch und Bogen, über Hauf (*).

Bey der letzten Art von Kauf benennt zuweilen der Käufer eine gewisse Anzahl von Quantitäten, zuweilen nicht. Z. E. wenn ich Einem einen Haufen Getreide verkaufe, so benenne ich entweder eine gewisse Malterzahl, sage z. E. der Haufe enthalte 30 Malter oder nicht. Im ersten Falle, wenn ich eine gewisse Zahl angebe: so mache ich mich entweder anheischig, diese Zahl zu liefern, ich sage z. E. ich stünde dafür, daß es wenigstens 30 Malter seyen; oder nicht, z. E. ich sage, der Haufe enthalte ungefähr 30 Malter, doch könnte ich nicht dafür haften. Wenn ich mich zu einer gewissen Zahl verbindlich mache (oder wie die Juristen sagen, eine Zahl *restrictive* angebe): so muß ich diese Zahl liefern. Ist sie nicht vorhanden, so geht vom Kaufschilling verhältnißmäßig so viel ab, als der Abgang an der Waare beträgt. Ist aber mehr vorhanden, so ist dieß ein Vortheil für den Käufer; er bezahlt darum nicht mehr, als er versprochen hat. Habe ich mich hingegen zu keiner gewissen Zahl verpflichtet (si numerus quantitatum demonstrative indicatur), so liefere ich nicht mehr, als vorhanden ist. Der Kaufschilling wird nicht vermehrt, wenn die Quantität größer ist, als der Käufer angab, und nicht vermindert, wenn sie geringer ist.

(*) *Guil. Best.* ratio emend. leg. cap. 8. n. 4. 5.

§. 870.

§. 870. Erforderniße des Kaufschillings.

Der Kaufschilling muß dreyerley Eigenschaften haben: er muß 1) im Ernst festgesetzt (pretium verum); 2) als Aequivalent der Sache betrachtet, rechtmäßig (iustum) und 3) bestimmt (certum) seyn. Ich sage, er muß 1) im Ernst, nicht blos zum Schein (dicis causa) festgesetzt seyn. Zuweilen will ich Einem eine Sache schenken, und doch soll es das Ansehen eines Geschenkes nicht haben. Ich verkaufe sie ihm also; setze aber a) einen Preis, der so gering ist, daß er gar nicht als Preis gelten kann; z. E. ich verkaufe ihm eine Sache, die 100 Thlr. werth ist, für 5 Thlr. (dieß heißt uno nummo vendere), oder b) ich bestimme einen billigen Preis, gebe aber einen Revers, daß ich nie etwas fordern wolle. In diesen beyden Fällen ist das Geschäft kein Kauf, sondern eine Schenkung: es muß also auch nach den Rechten der Schenkungen beurtheilt werden; z. E. es muß gerichtlich protocolliret werden, wenn der Betrag 500 Solidos übersteigt; und ist wiederruflich, wenn es unter Ehegatten geschlossen ist rc. Dadurch wird das Wesen des Kaufs nicht aufgehoben, wenn ich einem eine Sache aus Freundschaft unter dem wahren Werth verkaufe, wofern nur der festgesetzte Preis dem wahren Werth einigermaßen nahe kommt. Man nennt einen solchen Kauf *venditionem gratiosam*, **Freundskauf.**

Der Kaufschilling soll 2) **pretium iustum** seyn. – Dies kann a) so viel andeuten, als was die Sache wirklich werth ist, welches aber hier nicht nothwendig erfordert wird, wie die Folge näher zeigt. b) Was den Rechten nach als Aequivalent der Sache gelten kann; davon ist eigentlich hier die Rede. – Um aber dies gehörig zu beurtheilen, muß man einen Unterschied machen: entweder ist er von den Gesetzen bestimmt (pretium legale), oder blos durch die Uebereinkunft der Partheyen (pretium conventionale). Die Gesetze bestimmen zuweilen den Preis einer Sache, und dieß entweder zum Vortheil der Käufer, oder der **Verkäufer.** Zum Vortheil der Käufer z. E. zwecken die Brod- und Fleischtaxen ab, welche die Polizeycollegien machen. Von einem zum Besten der Verkäufer bestimmten Preis findet sich ein Beyspiel in dem Reichsabschied von 1548. tit. 17. §. 8., wo verordnet ist, daß einer, welcher einen jährlichen Gült von einem Grundstück kauft (das heißt, sich gegen Erlegung eines gewissen Stück Geldes das Recht erwirbt, von einem Acker, Garten, Wiese, eine jährliche Abgabe zu fordern), nicht mehr als 5 Procent nehmen, nemlich für 5 fl. Gült, wenigstens 100 fl. Capital bezahlen soll (*).

In dem Fall, wenn die Gesetze den Preis zum Besten des Käufers bestimmen, ist es jedem Verkäufer erlaubt, weniger (**), aber nicht mehr zu nehmen; und nimmt er nur Einen Heller mehr, so kann ihn der Käufer zu-

rückfordern. Z. E. der Fleischer darf das Fleisch unter der Taxe verkaufen, aber nicht darüber. Ist hingegen der Preis zum Vortheil des Verkäufers festgesetzt, so darf er mehr nehmen, aber nicht weniger. Erhält er auch nur eine Kleinigkeit weniger, so kann er den Ersatz verlangen. Z. E. es ist erlaubt, daß ich für eine jährliche Abgabe von 5 fl. von einem Acker mehr als 100 fl. gebe; aber wenn ich weniger als 100 fl. gebe, so ist der Preis ungerecht, und ich muß das Fehlende zulegen. – Kurz der gesetzlich bestimmte Preis muß insofern, als die Gesetze die Privatwillkühr dabey ausschließen, beym Kaufe genau beobachtet werden, sonst ist es pretium iniustum (**).

Wir gehen zum Conventionalpreis. – Dieser ist, wenn kein besonders gesetzlich bestimmter Werth entgegensteht, immer pretium iustum, *sobald* sich nur vernünftiger Weise annehmen läßt, daß die Partenen ihn im Ernst als Aequivalent der Sache bestimmt haben. Wollte man hier immer auf den wahren Werth der Sache Rücksicht nehmen, – und jede Läsion in Betrachtung ziehen, so würde selten ein Kauf geschlossen werden, über den nicht Proceß entstünde; und wer könnte diese Processe entscheiden, da der Werth der Dinge sich nicht genau bestimmen läßt. Wer kann es bis auf einen Thaler, Groschen, Pfenning bestimmen, was dieses Haus, dieser Acker, dieses Pferd werth ist? Die Gesetze sagen daher: nur alsdann, wenn einer der Contrahenten über die Hälfte verletzt ist, kann er klagen. Der Sitz dieser Materie ist das berühmte Gesetz **Diocletians** und **Maximians** (L. 2. C. de resc. vendit. (IV. 44.) (*2 a). Vermöge dieses Gesetzes kann der *über* die Hälfte lädirte Theil verlangen, daß der Contract aufgehoben werde. Will ihn der lädirende Contrahent nicht aufgehoben haben, so muß er die Läsion repariren, d. i. so viel zulegen, oder herausgeben, daß der Andere keinen Schaden mehr hat, den wahren Werth erhält (*2 b).

Es fragt sich aber erstlich: wann ist denn ein Contrahent über die Hälfte verletzt? Bey dem Verkäufer ist die Sache ausgemacht. Er ist über die Hälfte lädirt, wenn er für seine Sache nicht die Hälfte des wahren Werthes bekommen hat; z. E. wenn er für seine Sache, welche 100 fl. werth ist, keine 50 fl. erhalten hat. Hingegen bey dem Käufer streiten die Rechtsgelehrten. Einige (*3) glauben, er sey alsdann schon über die Hälfte lädirt, wenn er a) den wahren Werth, b) dessen Hälfte und c) noch etwas darüber bezahlt hat, z. E.

Der wahre Werth ist — — —	50 Thlr.
Der Käufer giebt — — — —	50 Thlr.
Die Hälfte — — — — —	25 Thlr.
Noch etwas mehr, z. E. — — —	1 Thlr.
Also überhaupt giebt er — —	76 Thlr.

Andere (*4) behaupten, alsdann erst sey er über die Hälfte verletzt, a) wenn er den wahren Werth, b) noch einmal denselben, und c) etwas weiter gegeben hat. Z. E.

Der wahre Werth ist — — —	50 Thlr.
Der Käufer giebt — — — —	50 Thlr.
Noch einmal — — — — —	50 Thlr.
Noch etwas mehr, z. E. — — —	1 Thlr.
Also überhaupt — — —	101 Thlr.

Ich halte die letzte Meynung für die wahre. Denn da der Verkäufer erst alsdann über die Hälfte lädirt ist, wenn er nicht halb so viel bekommt, als er von seiner Seite gegeben hat: so muß billig dieser Maaßstab auch bey dem Käufer gebraucht werden. Der Verkäufer muß nicht härter gehalten werden, als der Käufer. Er verdient noch mehr Gunst, da es viel öfter geschieht, daß Jemand etwas aus Noth verkauft, als kauft (***).

Die zweyte Frage ist: kann die Verordnung der L. 2. C. de resc. vendit. auch auf andere onerose Contracte ausgedehnt werden? Wenn ich z. E. in einem Tausch- oder Miethcontract über die Hälfte lädirt bin, kann ich den Contract ebenfalls aus der Lit. 2. bestreiten? Die vom Gerichtsgebrauch angenommene Meynung ist die bejahende (*5).

Der Kaufschilling muß 3) bestimmt seyn (*6). (Siehe die 56. Tabelle.) Er kann aber bestimmt werden a) von den Contrahenten selbst; b) von einem Dritten, c) durch die Gewohnheit oder ein Gesetz. Wenn ihn die Contrahenten bestimmen, so geschieht dieß entweder durch beyderseitige Einwilligung: oder die Bestimmung wird Einem von beyden Contrahenten überlassen. Z. E. ich verkaufe dir mein Pferd, und du sollst den Preis selbst bestimmen. Letzteres kann nicht geschehen, der Vertrag ist ungültig (*7). Wenn hingegen der Kaufschilling durch beyderseitige Einwilligung festgesetzt wird, so bestimmen ihn die Contrahenten entweder sogleich selbst (per se); z. E. ich gebe dir für dein Pferd 100 Rthlr.; oder sie beziehen sich auf eine andere Quantität; z. E. ich will dir für dein Haus geben, was A. für das Seinige bezahlt hat.

Wird die Bestimmung einem Dritten überlassen (*8): so ist dieser entweder gewiß, oder nicht. Wenn er nicht gewiß ist, z. E. ich will dir für dein Haus bezahlen, was ehrliche und sachverständige Männer für billig halten, so entsteht keine wahre und feste Verbindlichkeit aus dem Vertrage (*9). Denn wenn sich nachher die Contrahenten über die Person des Dritten nicht vereinigen können, so wird nichts aus dem Handel. Ist aber der Dritte gewiß, so will er entweder die Bestimmung des Kaufschillings übernehmen, oder er weigert sich dessen. Weigert er sich, so zerschlägt sich der Handel. Bestimmt

er hingegen das pretium, und einer der Contrahenten ist mit seiner Bestimmung nicht zufrieden: so kann er auf die Obrigkeit provociren, und diese bestimmt nun den Preis (*[10]).

Endlich kann auch der Preis durch Gesetz oder Gewohnheit bestimmt seyn. Wenn dieß ist, wenn die verkaufte Sache einen gewöhnlichen oder gesetzlichen Preis hat: so ist zur Vollkommenheit des Contracts nicht erforderlich, daß der Preis verabredet werde. Wenn z. E. ein Kaufmann Waaren von Frankfurt verschreibt, so macht er sich anheischig, sie so zu bezahlen, wie Andere thun, und der Kauf ist vollkommen, sobald der Frankfurter die Waaren absendet (*[11]).

(*) Ausführlich handelt hievon Danz im Handbuche des deutschen Privatrechts. Th. 2. §. 203.

(1) Ich setze voraus, daß nicht gültige Zunftartikel dem Verkäufer verbieten, seine Waare wohlfeiler zu geben.

(**) Auch im Testamente kann der Preis einer Sache vestgesetzt werden, und derjenige, dem er gültig vorgeschrieben ist, muß ihn gelten lassen. Z. B. wenn es heißt: mein Erbe soll das Haus an Titius für 2000 Rthlr. verkaufen W.

(2 a) Es heißt: Rem maioris pretii, si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente emtoribus, fundum venumdatum recipias, auctoritate iudicis intercedente; vel si emtor elegerit, quod deest iusto pretio, recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit. Bey den Classikern findet sich keine Spur von dem hier gestatteten Rechtsmittel. *Schulting* thes. controv. dec. 66. th. 6. Das Gesetz redet zwar nur vom Verkäufer, der über die Hälfte verletzt ist. Allein die Billigkeit, welche der Gesetzgeber bey dem Verkäufer gelten läßt, spricht auch für den Käufer.

(2 b) Also auf die Nachzahlung dessen, was am wahren Werth fehlt, kann der verletzte Theil nicht klagen. *Frick* diss. de libello actionis ob laesionem enormem instituendae non disiunctive concipiendo ad L. 2. C. de resc. vend. Helmst. 1774.

(3) Außer einigen ältern Juristen behaupten dieß *Titius* ad *Lauterb.* obs. 542. pag. 360. *Voet.* ad Pand. tit. de rescind. vend. n. 5. *Iakstadt* de laesione enormi recte computanda, in opusc. tom. 1. pag. 233. sqq. *Daries* Diss. de interpretat. et extensione L. 2. C. de resc. vend. Ffurti ad Viadr. 1775. — Schon von den Glossatoren ward diese Meynung angenommen. *Accursius* ad cit Lit. 2., sie fand vielen Beyfall, und gieng auch in Provinzialgesetze, z. B. das Würtembergische Landrecht. *Schilter* prax. iur. Rom. XXX. 96. Die vorzüglichsten Gründe dafür sind 1) daß die Rechte beyder Contrahenten gegen die Regel des Rechts ganz ungleich seyn würden, wenn bey einer und derselben Sache, die z. B. 100 Thaler am Werth betrüge, der Verkäufer nur etwas über 50 Thaler einbüßen dürfte, der Käufer hingegen alsdann über 100 Thaler verletzt seyn müßte, um den Kauf anfechten zu können. 2) Daß das Gesetz von einer Verletzung über die Hälfte rede, dahingegen nach der entgegenstehenden Lehre der Käufer eigentlich ultra duplum verletzt seyn müßte, wenn er mit seiner Beschwerde gehört seyn wollte. W.

(4) J. F. *Franzkius* L. 3. resolut. 3. n. 14. *Pachin.* controv. lib. 2. cap. 16. *Merend* controv. lib. 1. cap. 36. n. 5. *Averan.* lib. 3. interpret. cap. 7. *Lauterb.* coll th. pr. tit. de resc. vend. §. 10. Estors Proceß 3. Th. 54. u. f. f. Seiten. *Cramer* Diss. de laesione enormi recte computanda, opusc. tom. 3. p. 581. *Hannesen* diss. de immodica laesione, eiusque probatione (Goett. 1747.) §. 21. *Gehler* Diss. de laesione emtoris ultra dimidium recte computanda. Lips 1777. Florencourt Abhandlung aus der jurist. und polit. Rechenkunst, S. 243. u. f. *Herm. Io. Lienau* diss. de natura et indole actionis, quae ob laesionem enormem conceditur (Goett. 1782.) §. 5. sqq. *Herrenschneider* diss. I. et II. de enormis laesionis computatione Argent. 1784. et 1785. *I. P. Pregel* (Resp. Fares) spec. theor. pract. exhib. remedium L. 2. C. de rescind. E. V. brevi systemate traditum. Wirceb. 1798.

(**) Ueberhaupt kann Jemand in einem Bilateralcontract nur dann über die Hälfte verletzt seyn, wenn er nicht halb so viel erhält, als er weggiebt. Dies rechtfertigt die von dem Verfasser angenommene Berechnung laesionis ultra dimidium, sowohl in Ansehung des Verkäufers, als auch des Käufers, vollkommen. Was zum Besten des letztern dagegen eingewandt wird (s. die vorige Note 3), ist ganz unrichtig, weil ad 1. gerade nach der Berechnungsart, welche die in der gedachten Note 3. angef. Rechtslehrer annehmen, die Rechte der Contrahenten nicht gleich seyn würden, da alsdann der Käufer, welcher die ganze Sache von 50 Thaler am Werth bekommt und 76 Thaler dafür zahlt, nicht sagen kann, daß er nicht halb so viel erhalte als er weggegeben hat. ad 2. Nur darauf kommt es an, ob Jemand über die Hälfte lädirt sey. Dies läßt sich beym Käufer nicht anders annehmen, als wenn der eigentliche Werth der Sache, die er bekommt, weniger als die Hälfte von dem ausmacht, was er dafür gezahlt hat. W.

(5) Nach der Theorie läßt sie sich schwerlich rechtfertigen. Hermogenian, der doch nach den K. Diocletian und Maximian, den Verfassern der L. 2. lebte, sagt L. 23. D. locat. et ideo *praetextu minoris pensionis*, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest. Die Anwendung der L. 2. auf andere, insonderheit Miethcontracte, vertheidigen indessen *Merenda* controv. lib. 1. cap. 36. *Voet.* ad Pand. tit. de resc. vend. §. 13 Strube rechtl. Bed. 3. Band 119. Bed. und viele Andere. Das Gegentheil behaupten *Faber* de error. pragmat. Dec. 8. error. 8. pag. 178. (Edit. Lugd. 1605 4.) *Huber* ad Pand. tit. de resc. vendit. n. 3. *Finestres* ad Hermogenian. p. 482. sqq. Ob auch Subhastationen wegen einer Verletzung über die Hälfte umgestoßen werden können, ist sehr bestritten. Ich halte die bejahende Meynung für die richtigere. Man s. Meditationen über Rechtsmaterien 1. Band 4. Medit. Höchy Meditationen 1. Band 15. Betracht. Der Grund des Gesetzes (humanum est etc.) tritt bey dem öffentlichen eben sowohl ein, als bey dem Privatverkauf. Kein einziges anderes Gesetz schließt die Querel über die Verletzung bey dem öffentlichen Verkauf ausdrücklich aus. Indessen wird der Beweis, daß bey einem solchen Verkauf eine Verletzung über die Hälfte geschehen sey, selten geführt werden können.

(6) Es ist also kein verbindlicher Kauf, wenn der Verkäufer (wie in dem Fall bey *Broskes* sel. obs. for. obs. 187.) sagt: er wolle es schon machen: *Io.*

Matth. Tesdorpf diss. de eo, quod iust. est circa incertitudinem pretii in emt. vendit. Goett. 1773.

(7) *Franzk.* ad P. tit. de contr. emt. n. 252. *Lauterb.* coll. ibid. §. 49. *Coccell* iur. controv. ibid. quaest. 25. *Walch.* controv. p. 599. edit. III. Anderer Meynung ist *Struv.* ex. 23. th. 18. u. a.

(8) Personen, welche in Contracten ernannt werden, etwas zu bestimmen, heißen *arbitratores*, Achtsleute, Schiedsmänner.

(9) *Lauterb.* coll. h. t. §. 50. *Cocceii* Qu. 25.

(10) Strube rechtl. Bed. 4. B. 121. Seite. Aber hat diese Berufung auf die Obrigkeit nur alsdann Statt, wann ein Contrahent behauptet, daß er über die Hälfte verletzt sey, oder ist jede Läsion dazu hinreichend? Jenes glaubt *Cocceii*, iur. controv. h. t. Qu. 26. dieses aber *Lauterb* coll. §. 51. *Franzk* n 261. u. a. *Schulting* thes. controv. dec. 63. th. 5. und dieß halte ich für richtiger. Denn Lauterbach sagt ganz recht: si tertius ad definiendum pretium eligitur: tacite hoc actum censetur, ut *iustum* pretium constituat. Das pretium aber kann iniustum seyn, obgleich kein Contrahent über die Hälfte verletzt ist. Behauptet ein Contrahent, daß der Dritte sogar den Preis über das Doppelte oder unter der Hälfte des wahren Werthes bestimmt habe, so findet das Rechtsmittel der L. 2. C. de resc. vend. Statt. *Schulting* l. c.

(11) Strube rechtl. Bed. 2. B. 248. Seite.

§. 871. Von der Verbindlichkeit, welche aus dem Kaufcontract entsteht.

Wenn ein Kauf geschlossen ist, so ist der Käufer schuldig, den Kaufschilling zu bezahlen, und der Verkäufer ist verbunden, die Sache zu übergeben. (Man s. §. 878.) Der Verkäufer also will seine Sache unter keiner andern Bedingung weggeben, als wenn ihm der Kaufschilling bezahlt wird. Daraus folgt, 1) daß der Käufer nicht Eigenthümer wird, ehe er bezahlt, oder den Verkäufer auf andere Weise befriedigt, wenn ihm auch gleich die Sache übergeben wird (*1). Indessen setzt diese Regel voraus, daß auf baar Geld gehandelt worden ist. Denn wenn ich einem auf Borg, Credit verkaufe (si fidem de pretio habeo), und ihm die Sache übergebe: so wird er Eigenthümer, ob er gleich noch nicht bezahlt hat (*). 2) Wenn der Käufer den Kaufschilling noch nicht bezahlt, auch noch nicht einmal sich zur Bezahlung erboten hat: so kann er nicht auf die Tradition der Sache klagen. Auch hier wird indessen wieder vorausgesetzt, daß auf baares Geld gehandelt sey. 3) Im Gegentheil kann auch der Verkäufer nicht auf die Bezahlung des Kaufschillings klagen, so lange er die Sache nicht tradirt, oder sich nicht zur Tradition bereitwillig erklärt hat. Wenn er klagt: so setzt ihm der Käufer exceptionem rei venditae nec traditae entgegen. 4) Beyde Contrahenten profitiren aus diesem Contract: der Käufer bekommt Waare, der Verkäufer Geld. Daher muß auch jeder culpam levem prästiren.

(1) Ehe die Sache übergeben wird, erlangt der Käufer nie ein wirkliches Eigenthum. *Casp. Ach. Beck.* posit. ex iur. var. specim. 2.

(*) Dies leidet jedoch alsdann eine Ausnahme, wenn der Käufer den Verkäufer

betrüglich zum Creditgeben veranlaßt haben sollte. Weber Beitr. z. D. Lehre v. gerichtl. Klagen und Einreden I. 8.

§. 872. Wer trägt die Gefahr bey der verkauften Sache?

Oben (§. 761.) haben wir die Regel gelernt: wenn ich einem eine Sache vermöge eines Contractes zu geben schuldig bin, und die Sache durch Zufall umkommt, so kann der Andere die Sache nicht fordern, und muß, dem ungeachtet, das, was er dagegen versprochen hat, leisten. Diese Regel kommt hier zur Anwendung. Wenn ich einem eine Sache verkauft habe, und sie gehet durch Zufall zu Grunde, z. E. die verkaufte Bibliothek verbrennt, das verkaufte Pferd crepirt: so bin ich von meiner Verbindlichkeit, die Sache zu tradiren, los, den Kaufschilling aber kann ich mit Recht fordern (* 1). Ausnahmen dieser Regel sind: 1) wenn die verkaufte Sache wegen eines alten Mangels zu Grunde geht. Z. E. wenn das verkaufte Pferd an einer alten Krankheit crepirt. Denn in diesem Falle kann der Verkäufer den Kaufschilling nicht verlangen. 2) Wenn der Kauf noch **unvollkommen** war, entweder a) in Ansehung des **Consenses**, oder b) der **Waare**, oder c) des **Kaufschillings**. In Ansehung des Consenses ist der Kauf unvollkommen, wenn er unter einer Bedingung geschlossen ist, und diese noch nicht existirt. Geht jetzt schon die Sache zu Grunde, so hat der Verkäufer den Verlust. Hieher gehört auch der Fall, wenn ich eine Sache ad gustum kaufe, das heißt, mir ausbedinge, daß ich sie zuvor kosten will, und der Kauf nicht eher gelten soll, bis ich sie gekostet und gut befunden habe. Ferner ist hieher zu zählen, wenn der Kauf in scriptis geschlossen wird (§. 860.). In diesem Falle trägt der Käufer nicht eher die Gefahr, als bis der Kaufbrief von beyden Theilen unterschrieben ist. In Rücksicht auf die **Waare** ist der Kauf unvollkommen, wenn Sachen auf Gewicht, Zahl, Maaß verkauft werden, und die Zuwiegung, Zuzählung, Zumessung noch nicht geschehen ist. Auch hier trägt der Verkäufer den Verlust. Z. E. wenn ich einem Kaufmann 100 Pfund Zucker abkaufe, ehe mir derselbe aber zugewogen wird, des Kaufmanns ganzer Vorrath durch eine Ueberschwemmung zu Grunde geht: so trage ich den Zufall nicht, sondern der Verkäufer. Endlich kann auch der Verkauf in Ansehung des **Kaufschillings** unvollkommen seyn, und so lang dieß ist, geht wieder der Zufall nicht über den Käufer; z. E. wenn ein Dritter zur Bestimmung des Kaufschillings ausersehen worden ist, und seine Meynung noch nicht erklärt hat.

(1) So ausdrücklich der Satz: die Gefahr der verkauften Sache trägt der Käufer, im §. 3. 1 h. t. und in vielen andern Gesetzstellen gelehrt wird, so behauptet doch *Cuiac.* ad African. Tract. 8. Opp. Tom. II. pag. 1159. *Vulteius* ad Instit. d. § und Andere das Gegentheil wegen einer Stelle von Africanus L. 33. per D. locati. Daß diese Stelle aber ihre Meynung nicht unterstütze, zeigen unter andern *Costa* praelect. ad illust. tit. iur. civ. p. 343. sqq. *Coccei* iur. controv. tit. de peric. et commod. rei vend. Qu. 2. Es ist dort die Rede von einer Confiscation

der verkauften Sache, deren Grund schon vor dem Verkauf vorhanden war. Hier ist es also anzusehen, als ob die Sache wegen eines alten Fehlers zu Grunde geht. — Die angeführte Gesetzstelle gehört übrigens zu denen, welche den Auslegern viele Schwierigkeiten gemacht haben, und worüber es eine Menge ganz verschiedener Erklärungen giebt. Westphal in den Lehren vom Kauf, Pacht rc. Leipzig 1789. welche überhaupt bey diesem und dem folgenden Titel nachzusehen ist, hat §. 962. mehrere derselben angeführt. Der Sinn Africani sey indeß gewesen, welcher er wolle, so kann doch das, was er nur beyläufig bey einer andern Gelegenheit anmerkt, einen sonst erweislichen allgemeinen Rechtssatz nicht wanckend machen. Noch ist bey diesem §. überhaupt Folgendes zu bemerken: 1) Vollkommen ist der Kauf, wie jeder Contract, wenn alles das vorhanden ist, was zu seiner rechtlichen Wirkung nothwendig erfordert wird. Es ist ein Unterschied zwischen der Vollkommenheit und der Erfüllung eines Contracts. Erfüllt ist der Handel, wenn dasjenige wirklich geschehen oder geleistet ist, wozu er geschlossen ward. Die Vollkommenheit setzt zweyerlei voraus: a) völlig verbindliche Einwilligung der Parteyen; b) ein gehörig bestimmtes Object der gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten. Von der Vollkommenheit des Handels in Ansehung der Einwilligung hängt die verbindende Kraft desselben unter den Parteyen ab, und mit derselben fällt die Freyheit weg, einseitig d. i. ohne Zustimmung des Andern wieder abzutreten, gesetzt auch, daß der Contract in Ansehung des Objects noch nicht ganz vollkommen seyn sollte; z. B. wenn nach Zahl, Maaß oder Gewicht (ad mensuram) gehandelt, und die Zuzählung rc. noch nicht geschehen, folglich in diesem Betracht der Kauf noch unvollkommen ist; so darf darum doch kein Theil den ganzen Handel einseitig wieder aufgeben. L. 1. §. 3. D. de peric. et commodo rei vend. 2) Nach vorhandener Vollkommenheit des Kaufs trägt der Käufer die Gefahr der Sache, nicht der Verkäufer. Diesem kommt die Regel zu gute: Debitor speciei per casum liberatur (§. 761. No. 2.). Davon kann also nur die Rede seyn: a) wenn der Verkäufer schon wirklich debitor aus dem Handel, mithin dieser in Ansehung der beyderseitigen Einwilligung vollkommen geworden ist, und b) wenn das Recht des Käufers und die Verbindlichkeit des Verkäufers sich schon ganz auf ein oder mehrere individua einschränkt, mithin der letztere wirklich als debitor speciei zu betrachten ist. Hieraus folgt, daß beym Aversionshandel, oder dem sogenannten Kauf in Bausch und Bogen (§. 869.) der Käufer sogleich nach gegenseitig erklärter Einwilligung in den Handel die Gefahr tragen müßte, weil der Verkäufer durch jene Einwilligung so fort debitor speciei ward, welches aber beym Handel nach Zahl, Maaß und Gewicht nicht eher eintritt, als bis die Zuzählung, Zumessung rc. geschehen ist, vorausgesetzt, daß dem Käufer in diesem Betrachte keine ungebührliche Verzögerung (mora) zur Last falle, als welche die Gefahr der Sache auf ihn bringt. L. 2. C. de per. et comm. rei vend. (IV. 48.) L. 39. 161. D. de R. I. W.

§. 873. Von den Verträgen, welche dem Kaufcontract angehängt werden.

Dem Kaufcontract werden mancherley Verträge beygefügt. 1) Der erste ist **die Vorbehaltung des Eigenthums.** Ob es bey den Römern bekannt gewesen sey, ist zweifelhaft (*1); aber so viel ist gewiß, daß es heutigestages häufig vorkommt. Wenn nemlich der Käufer den Kaufschilling nicht sogleich

baar

baar bezahlt, so pflegt sich der Verkäufer das Eigenthum vorzubehalten. Dieß hat seinen großen Nutzen in dem Falle, wenn über des Käufers Vermögen ein Concurs entsteht. Denn jetzt kann der Verkäufer seine Sache vindiciren, und ist nicht gehalten, sich in den Concurs einzulassen. Zuweilen behält sich der Verkäufer statt des Eigenthums nur eine Hypothek vor (*2). 2) Die Ausbedingung des Wiederkaufs, wenn sich nemlich der Verkäufer das Recht vorbehält, die verkaufte Sache gegen Erstattung des Kaufschillings zurück zu fordern. Meistens wird eine Zeit beygefügt, z. E. der Verkäufer behält sich den Wiederkauf ein Jahr, zehn Jahre, dreyßig Jahre lang vor.

Bey diesem Vertrag kommen viele streitige Fragen vor; die erste ist: wenn ich einem eine Sache auf Wiederkauf überlassen habe, und er veräußert sie an einen Dritten, kann ich gegen diesen auf die Herausgabe klagen? Meines Erachtens, anders nicht (*3), als wenn a) entweder das pactum de retrovendendo *verbis resolutivis*, wie man sagt, geschlossen, das heißt, wenn ausgemacht ist, daß der Kauf, sobald ich den Kaufschilling anbiete, als nicht geschlossen angesehen, und das Eigenthum des Käufers *ex tunc* aufhören soll (*4); oder b) wenn ich dem Vertrag die Clausel beyfüge: der Käufer soll die Sache an keinen Dritten veräussern oder verpfänden; widrigenfalls solle die Veräusserung oder Verpfändung nichtig seyn (*5), oder, c) welches das rathsamste ist, wenn ich, der Verkäufer, mir auf den Fall, daß ich die Sache wieder einlösen wolle, das Eigenthum oder eine Hypothek reservire.

Die zweyte Frage: wie lang dauert das Recht wieder zu kaufen? Hier sind drey Fälle zu unterscheiden: 1) in dem Vertrag ist die Zeit bestimmt, wo das Wiederkaufsrecht aufhören soll (terminus ad quem). Z. E. der Verkäufer behält sich das Recht vor, binnen 10 Jahren die Sache wieder einlösen zu dürfen. 2) Es ist eine Zeit bestimmt, wo es anfangen soll (terminus a quo), aber keine, wo es aufhören soll. Z. B. der Verkäufer behält sich das Recht aus, nach 10 Jahren die Sache wieder einlösen zu können. 3) Es ist weder die eine noch die andere Zeit bestimmt, z. E. es heißt: Verkäufer bedingt sich das Wiederkaufsrecht.

Der erste Fall ist keinem Zweifel ausgesetzt. Der zweyte und dritte hingegen sind sehr streitig (*6). Ich halte die Meynung für die richtigste, daß in diesen beyden Fällen das Wiedereinlösungsrecht gar keiner Verjährung unterworfen sey, d. i. daß der Verkäufer die Sache nach 30, 40, 100 Jahren, kurz zu allen Zeiten, wieder einlösen könne (*7), und dieß nimmt auch der Gerichtsbrauch an (*8).

(1) *Schilter* ex 50. th. 56. et 76. läugnet es. Aber *Wahl* diss. de validit. et effectu reservationis dominii et hypoth. in securitatem residui pretii. (Goett. 1753) §. 21. sqq. hat die bejahende Meynung mit Gründen unterstützt.

(2) *Hert.* diss. de reservatione dominii vel hypothecae in re vendita in opusc. vol. 2. part. 3. pag. 94. *Wahl* diss. cit.

(3) Dieß halte ich für die richtige Meynung, weil ein bloßer Vertrag zwischen

dem Käufer und Verkäufer zwar Personalrechte, aber kein Recht gegen einen Dritten wirken kann. L. 2. Cod. de pact. inter emt. et vend. *Coccei* tit. de contr. emt. Qu. 36. *Gail* lib. 2. obs. 16. *Stryk* caut. contr. sect. 2. cap. 8. §. 56. *Menken* gymnas. polem. disp. 7. th. 11. Andere Juristen indessen, welche *Fachinaeus* controv. lib. 2. cap. 15. anführt, auch *Claproth* iurisprud. hevremat. part. 2. §. 285. p. 663. behaupten das Gegentheil.

(4) Auch darin stimmen nicht alle Rechtsgelehrten überein. Denn Einige behaupten, daß auch in diesem Fall die rei vindicatio nicht Statt finde. *Coccei* iur. controv. l. c. Cramer N. St. 34. Th. 1. St. 1. Seite. *Toullieu* diss. de luit. pign. et reb. mer facultatis § 87.

(5) Diese Cautel giebt *Stryk* l. c. allein ich zweifle, ob sie alle Juristen für hinlänglich halten werden.

(6) I) Wenn gar keine Zeit beygefügt ist, so behaupten a) einige Juristen, der Verkäufer könne binnen 30 Jahren einlösen, nachher nicht, und dieses selbst alsdann, wenn es im Vertrag heiße: der Verkäufer bedinge sich das Wiederkaufsrecht zu ewigen Zeiten oder auf immer, oder über kurz oder lang. *Bachov.* ad *Treutler* Disp. 28. th. 10. lit. G. *Perez* ad Cod. tit. de pact. inter emt. et vend. n. 10. *Huber* praelect. ad Pand. tit. de resc. vend. n. 10. *Toullieu* Diss. cit. §. 83. in collectan. p. 157. *G. Ferd. Bachov* ab *Echt* diss. de iustitia praescriptionis circa bona sub pacto de retrovendendo alienata (Ien. 1730.) Sect. 2 §. 15. sqq. *Schlüter* diss. de iure reluitionis ex pacto de retrovendendo compentente, praescriptioni obnoxio (Goett. 1783.) §. 23. 24. b) Andere z. E. *Leyser* Sp. 191. med. 78. *Wernher* Part. 1. Obs. 313. *Aug. Frid. Schott* diss. de praescript. iur. reluendi sub L. retrovend. alienata. §. 3. sqq. Cramer am a. O. S. 18. glauben, das Recht einzulösen sey in diesem Fall gar keiner Verjährung unterworfen. Noch Andere, z. B. *Stryk* us. mod. tit. de contra. emt. §. 44. sqq. *Berger* oec. iur. p. 481. edit. noviss. *Kayser* diss. de praescript. pacti de retrov. §. 14. sqq. *Müller* ad *Leyser* tom. 2. fasc. 2. obs. 391. distinguiren. Wenn, sagen sie, die Clauseln zu ewigen Zeiten u. s. w. beygefügt sind, so ist das ius reluendi an keine Zeit gebunden. Heißt es hingegen schlechtweg, der Verkäufer behält sich das Recht des Wiederkaufs aus, so muß er es binnen 30 Jahren ausüben.

Wenn II) ein (terminus a quo bestimmt ist, aber kein terminus ad quem, so behaupten die meisten Juristen (man s. *Schott* l. c. §. 5. ibique alleg.), daß der Verkäufer nach Ablauf des bestimmten Termins binnen 30 Jahren, und länger nicht, einlösen könne.

(7) Denn a) die Gesetze schreiben dem Wiedereinlösungsrecht nirgends eine gewisse Frist vor; es ist also eine res merae facultatis (§. 396.). Die Gegner sagen zwar, es sey ein Recht, das man durch einen Vertrag erworben habe, und diese Rechte dauerten nur 30 Jahre. Allein dieser letzte Satz ist nicht erwiesen; nur von Personalklagen, die aus einem Vertrag entstehen, ist er richtig. b) Die Verjährung ist eine Strafe der Nachlässigkeit, der Verkäufer aber kann in dem vorliegenden Falle keiner Nachlässigkeit beschuldigt werden. c) Die Verjährung einer Klage fängt auch nicht eher an zu laufen, als wenn die Klage entstanden ist. Nun aber entsteht die Klage auf die Wiedereinlösung nicht eher, als bis der Verkäufer sich zum Einlösen gemeldet, und den Kaufschilling angeboten hat. Man sehe von Cramer am a. O. §. 12. Seite 18.

Kayser l. c. §. 14. Müller ad Struv. Ex. 23. th. 42. lit. γ. Stryk l. c. §. 44. in fin. auch Thibaut über Besitz und Verjährung II. §. 43. pag. 122. 2c. — Gegen die hier vorgetragenen Sätze finden aber immer noch die Einwürfe Statt, daß unstreitig hier von einem Klagerechte des Verkäufers, folglich von keiner res merae facultatis die Rede ist (§. 400.); denn wie will der Verkäufer den Wiederkauf anders geltend machen, als durch Klagen, wenn der Käufer die Sache nicht freywillig abtreten will? Daß ferner das Recht zu klagen an sich – actio nata – gleich mit dem wirksamen Rechte selbst – si dies venit – vorhanden ist, nicht aber dann erst entsteht, wenn der Verpflichtete sich weigert es gelten zu lassen; daß also auch die Verjährung von jenem Zeitpunkte des klagbaren Rechts, nicht aber erst von dieser Weigerung an gerechnet, ihren Lauf beginnet. vergl. §. 1182. W.

(8) *Stryk* l. c. §. 49. in fin. *Schott* diss. cit. §. 5.

§. 874. Fortsetzung des Vorigen.

Der dritte Vertrag ist die **Bedingung des Vorkaufs** (pactum protimiseos); der Verkäufer hält sich aus, daß, wenn der Käufer dereinst die Sache wieder verkaufen wird, jener (der Verkäufer) ein Vorrecht vor jedem andern haben solle. Außer diesem iure protimiseos conventionali giebt es auch noch ein *testamentarium* und *legale*, wovon in den Pandecten und in den Vorlesungen über das deutsche Recht gehandelt wird (*1). Das vierte ist *pactum constituti possessorii*. Es wird ausgemacht, daß der Verkäufer die Sache als Miethsmann im Besitz behalten soll (§. 281.).

(1) Das Recht, einen, der eine Sache z. B. durch Kauf an sich bringen will, auszuschließen, und den Verkäufer zu nöthigen, daß er mir die Sache überlasse, heißt das **Vorkaufsrecht**; das Recht, den Besitzer einer schon veräusserten Sache zu nöthigen, daß er mir diese Sache abtrete, ist das **Näherrecht**, der **Abtrieb**, *ius retractus*. Es gründet sich in deutschen Particular-Gesetzen. Die vorzüglichste Schrift in dieser Materie ist Carl Friedrich Walch's Näherrecht, systematisch entworfen; dritte vermehrte Auflage. Jena 1795. 8.

§. 875. Weitere Fortsetzung.

Ein nützlicher Vertrag ist 5) das *pactum addictionis in diem*. Ich, der Verkäufer, bedinge mir aus, daß, wenn binnen gewisser Zeit sich ein besserer Käufer finden wird, ich befugt seyn will, vom ersten Kauf wieder abzugehen, und den besseren Käufer anzunehmen. Desgleichen 6) das *pactum commissorium* oder *lex commissoria* (*1). Ich verkaufe einem die Sache mit dem Beding, daß er den Kaufschilling binnen gewisser Zeit zahlen, und daß, wofern dieß nicht geschieht, der Kauf nicht gelten solle.

(1) Nicht pactum legis commissoriae, wie Einige ganz unschicklich sagen. S. *Hert* lib. 1. prooem. iur. Germ. 9. §. 1. Opusc. vol. 1. tom. 3. p. 409.

§. 876. Klagen, die aus dem Kaufcontract entstehen.

Der Kauf ist ein contractus bilateralis, aequalis, nominatus (§. 750.). Daher entstehen zwey Klagen daraus, und zwar zwey actiones *directae*, die auch von dem Contract ihren Namen haben. Sie heissen *actio emti* und *actio venditi* (*1).

(1) Von diesen Klagen hat vorzüglich gut geschrieben *Gabr. Mudaeus* in commentar. ad tit. P. pro socio, de contrah. emt. et vendit. item de act. emt. et vend. etc. (Lovan. 1563.) p. 107. sqq.

§. 877. Von der actione emti.

Die actionem emti stellt der Käufer, wenn er von seiner Seite dem Contract ein Genüge gethan, das heißt, den Kaufschilling bezahlt, oder doch angeboten hat, oder auch, wenn zwar noch keins von beyden geschehen, aber auf Credit gehandelt worden ist, gegen den Verkäufer oder dessen Erben dahin an, daß dieser die verkaufte Sache mit den Früchten, Zuwachs und allem Zubehör übergeben, auch den Schaden ersetzen soll, den er culpa levi der Sache zugefügt hat.

§ 878. Regeln bey dieser Klage.

Der Verkäufer ist also schuldig, 1) die Sache zu tradiren (*1), und kann dem Verkäufer statt der Tradition eine Schadloshaltung nicht aufdringen. Verschiedene alte und neue Juristen (*2) haben zwar geglaubt, der Verkäufer sey nicht schlechterdings verbunden, die Sache zu übergeben. Wenn er statt dessen das Interesse offerire, so müsse sich der Käufer damit begnügen. Daß dieß mit den natürlichen Regeln der Gerechtigkeit streite, mit der Regel, pacta sunt servanda, ist offenbar. Es fragt sich also nur, ob die Römischen Gesetze es so wollen, und davon kann ich mich, so viele und so ansehnliche Rechtsgelehrte es auch behaupten, nicht überzeugen (*3). 2) Ausgemacht ist, daß, wenn der Verkäufer durch seine Schuld ausser Stand kommt, die Sache zu tradiren, der Käufer auf das Interesse klagen kann. 3) Der Verkäufer ist schuldig, dem Käufer den freyen Besitz der Sache zu verschaffen; das heißt, er ist verbunden, im Fall, daß ein Dritter die Sache besitzt, diesen herauszuschaffen. Mit der Sache muß er auch a) die fructus pendentes übergeben; die Früchte nemlich, welche noch nicht geerndtet, noch nicht von dem Grund und Boden, oder von den Bäumen separirt sind. Wenn ich z. E. jemanden einen Garten verkaufe, so gehört ihm Gemüß und Obst, was noch jetzt in dem Garten wächst. Auch b) die Früchte, welche der Verkäufer nach geschlossenem Kauf geerndtet hat, muß er dem Käufer herausgeben (*4). Hingegen c) die Früchte, welche vor geschlossenem Contract geerndtet sind, gehören dem Verkaufer. d) Wenn die Sache ausser den Früchten nach dem Kauf einen andern Zuwachs erhalten hat, z. E. durch die Alluvion: so gehört diese ebenfalls dem Käufer (*). Endlich muß auch e) der Verkäufer die Pertinenzstücke mit der Sache übergeben.

(1) Ein merkwürdiger Satz ist: der Verkäufer ist nicht schuldig, dem Käufer das Eigenthum zu verschaffen, *dare* rem non tenetur, sed *tradere*. Er ist nur verbunden, ihn in den Stand zu setzen, die Sache zu usucapiren, und sie gegen Ansprüche Anderer zu behalten. Wenn sich also nach der Tradition zeigt, daß der Verkäufer eine ihm nicht eigene Sache tradirt habe, so ist darum der Käufer noch nicht befugt, den Contract zu bestreiten; nicht befugt, die Zurück-

gabe des Kaufschillings zu verlangen. §. 866. Not. 4. — So lange nemlich keine Ansprüche Anderer daran geltend gemacht werden. Man s. überhaupt hieben L. 25. §. 1. D. de contrah. emt. vend. L. 11. § 2. D. de action. E. V. L. 3. C. de eviction. (VIII. 45.). Westphal vom Kauf rc. §. 72 rc. Vielleicht ist hieraus die berüchtigte Stelle des Celsus L. ult. D. de cond. causa dat. zu erklären, wo es heißt: dedi tibi pecuniam, *ut mihi Stichum dares*. Utrum id contractus genus pro portione emtionis venditionis est, an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum. Für einen Kauf hat Celsus das Geschäft nicht gehalten, das ist offenbar, man mag nun unter der portione emtionis venditionis verstehen, was man will. Aber warum nicht? Weil hier ausgemacht war, ut mihi *Stichum dares*. Die übrigen Schwierigkeiten, die sich in jener Stelle finden, übergehe ich. Man s. *Bynkershoek* obs. lib. 6. cap. 24. und *van Neck* diss. ad h. l. in *Oelrichs* thesaur. nov. diss. Belgicar. Vol. 2. Part. 2. *Huber* Eunom. ad L. 25. §. 1. D. de contr. E. V. n. 10.

(2) Z. E. *Bulgarus*, *Azo*, *Hugolinus*, *Meier* Coll. Argent. tit. de act. emt. th. 8 *Rebhan* paralipom. p. 101. *Fachin*. controv. lib. 2. cap. 30. *A. Faber* rational. ad L. 25. D. de contr. E. V. et in error. Pragmat. Decad. 85. Err. 4 sqq. *Schulting* thes. controv. dec. 68. th. 4 sqq. *Mascov*. opusc. pag. 117.

(3) Einige Gesetze L. 1. L. 11 §. 9. D. de act. emt. L. 4. C. eod. (IV. 49.) L. 10. D. quib. mod. pign. vel hyp. solvitur, L. 17. C. de fide instrum. (IV. 21.) sagen zwar, der Verkäufer, welcher die Sache nicht übergebe, müsse das Interesse leisten: allein man kann und muß sie nach der Rechtsanalogie und der gesunden Vernunft von dem Falle erklären, wenn der Käufer statt der Sache das Interesse verlangt, oder wenn der Verkäufer die Sache nicht tradiren kann. Auch sagen andere Gesetzstellen, der Verkäufer sey zur Tradition verpflichtet. S. §. 2. I. de donat. §. 1. I. h. t. L. 11. §. 2. D. de act. emt. L. 30. §. 1. eod. *Vinn*. ad §. 1. l. h. t. *Franzk*. ad Pand. tit. de act. emti n. 28. sqq. et in Exercit. 11. Quaest. 1. *Cocceii* iur. controv. eod. tit. quaest. 4. *Lüd. Menken* diss. de venditore ad rei venditae necessariam traditionem obligato, in select. diss. iurid. n. 17. Der beständige und unbezweifelte Gerichtsbrauch ist auch auf unsrer Seite.

(4) Dieß steht deutlich genug in der L. 13. §. 10. D. und L. 15. C. de act. emt. et vend. S. *Mudaeum* l. c. p. 188. *Franzk*. ad Pand. tit. de act. emt. et vend. n. 182 sqq. Indessen sind doch einige Juristen, die man in Hertels Schnupftobacksdose S. 181. angeführt findet, anderer Meynung.

(*) Diesem gebührt überhaupt, so wie er nach vollkommenem Contracte die Gefahr der Sache tragen muß, auch eben so aller Vortheil, welcher mit der Sache verbunden ist; er hat, wie die Gesetze sagen, periculum et commodum rei venditae. Zu dem letztern gehören ausser den im §. angeführten Früchten und Accessionen auch selbst die persönlichen Klagen, welche nach geschlossenem Kaufe in Ansehung der Sache dem Verkäufer gegen Andere zugekommen sind, und die er also dem Käufer abtreten muß, dahingegen die vorher schon erwachsenen dem Verkäufer verbleiben. L. 13. §. 12. D. de act. E. V. L. 13. D. de per. et comm. rei vend. L. 14 L. 80. D. de furt. §. 3. I. h. t. *Voet* comment. ad Dig. XVIII. 6. 9 etc. W.

§. 879. Was sind Pertinenzstücke?

Pertinenzstücke oder Zubehörungen heißen nemlich accessorische Dinge (§. 308.), die von der Hauptsache entweder vermöge einer gesetzlichen Vorschrift, oder wegen der Bestimmung des Eigenthümers nicht getrennt werden dürfen. Nemlich, es giebt Gesetze, welche verordnen, daß eine Sache von der andern nicht getrennt werden, also ein Pertinenzstück von derselben seyn soll. Man hat z. E. Provinzialrechte, welche vorschreiben, daß bey jedem Bauerngut eine gewisse Anzahl Aecker und Wiesen seyn, und nie davon getrennt werden soll. Zuweilen bestimmt auch der Eigenthümer eine Sache zum Pertinenzstück der andern. Dieß geschieht, 1) wenn er eine bewegliche Sache mit einer andern unbeweglichen, und zwar nicht blos zu seinem Nutzen, Vergnügen, Bequemlichkeit, sondern der Sache selbst zum Besten (*1) fest verbindet, z. E. einen Kessel im Hause einmauern läßt; 2) wenn er eine bewegliche Sache zum beständigen Gebrauch der unbeweglichen bestimmt; z. E. wenn er Ziegel auf das Dach legen, Fenster, Thüren u. s. w. in das Haus machen läßt. Endlich 3) wenn er verordnet, daß diese unbewegliche Sache von einer andern unbeweglichen nie wieder getrennt werden solle; z. E. daß ein Garten, eine Scheune, ein Stall beständig bey dem Hause bleiben solle (*2). Kaufe ich nun die Hauptsache, so muß mir der Verkäufer auch die Pertinenzstücke überliefern, welche er sich beym Handel nicht besonders vorbehalten hat (*).

(1) *Leyser* sp. 209. m. 10.

(2) *Hommel* rhapsod. vol. 2. obs. 294. *Selchov.* elem. iur. Germ. §. 551. Runde deutsches Recht §. 256 u. f. *Hellfeld* iurisprud. forens. §. 589-983. und die das. angef. DD.

(*) Vor allen Dingen ist überhaupt hiebey auf die besondere Verabredung der Partheyen, danächst aber auf die verkaufte Principalsache selbst gehörig Rücksicht zu nehmen, um genau bestimmen zu können, ob dieß oder jenes nach Particulargesetzen oder gemeinen Rechten als Zubehör der Sache, so wie sie verkauft worden ist, gerechnet werden könne. Natürlich macht es z. B. hier einen Unterschied, ob ein Haus als solches, oder besonders als Brauhaus mit allem Zubehör verkauft worden ist. Eine sonderbare Vorschrift enthält das Rostocker Stadtrecht III, 6. 27. daß Tapeten und eiserne Oefen nicht als Zubehör eines verkauften Hauses geachtet werden, sondern der Verkäufer berechtigt seyn soll, sie zurück zu nehmen, wenn nicht ein anderes ausdrücklich verabredet worden. Dieß Statut hat indessen mehrere Merkwürdigkeiten ähnlicher Art. W.

§. 880. Von der actione venditi.

Die actionem venditi stellt der Verkäufer an, wenn er die Sache übergeben hat, oder dazu bereit ist, gegen den Käufer oder dessen Erben, a) auf die Bezahlung des Kaufschillings mit Zinsen; b) auf die Ersetzung des durch culpam latam oder levem des Käufers dem Verkäufer zugefügten Schadens; c) auf die Erstattung der auf die Sache verwendeten nöthigen oder nützlichen Aus-

gaben (*1), und d) auf die Erfüllung alles dessen, was durch besondere Verträge ausbedungen worden ist, z. E. auf die Zurückgabe der Sache, wenn sie auf Wiederkauf verkauft worden ist.

Ich sage, der Verkäufer kann auf die Zinsen des Kaufschillings klagen. Dieß ist nach der 57 Tabelle also zu verstehen. 1) Wenn auf baares Geld gehandelt ist, so muß der Käufer den Kaufschilling sogleich von dem Tage an verzinsen, da ihm die Sache übergeben worden ist. Denn von dieser Zeit an kann er die Sache benutzen, und es wäre unbillig, wenn er auch zugleich den Nutzen vom Kaufschilling ziehen wollte. Es kommt also nach der richtigern Meynung nichts darauf an, ob er saumselig (in mora) ist oder nicht. Gesetzt, er weiß nicht, wo er den Verkäufer antreffen soll; er behält den Kaufschilling, weil ein Dritter mit der Eviction droht; die Obrigkeit legt ihm Arrest auf das Kaufgeld rc. Diesem allem ungeachtet ist er Zinsen zu zahlen verbunden (*2). Ist 2) auf Borg gehandelt, und der Käufer hat Zinsen versprochen, so muß er sie bezahlen. Hat er hingegen 3) keine versprochen, so verzinset er nur alsdann den Kaufschilling, wenn er saumselig ist, wenn er in dem gleich anfangs bestimmten Termin oder nach geschehener Interpellation nicht bezahlt; denn wenn ich etwas auf Credit verkaufe, so schlage ich die Zinsen schon auf den Kaufschilling. Hält also der Käufer die Zahlungsfrist ein, so ist er zu keinen weitern Zinsen verbunden (*3).

(1) Nur müssen es solche impensae utiles seyn, welche wahrscheinlich der Käufer auch würde aufgewendet haben. L. 13. §. 22. de act. emt. et vend.

(2) L. 13. §. 20. D. L. 5. C. de act. emt. (IV. 49.). *Leyser* sp. 211. med. 1. sqq. ibique *Müller*. *Schweder* diss. de usur. pretii tardius soluti, §. 12. sqq.

(3) *Franzk.* ad Pand. h. t. n. 380. sqq. *Brunnemann* ad L. 5. C. de act. emt. *Leyser* l. c. med. 6. *Schorch* diss. de eo qu. i. e. circa venditionem fide de pretio habita, §. 15. — Vergl. überhaupt von den Zinsen des Kaufgelds Weber über die Gründe der Verbindlichkeit Zinsen zu bezahlen §. 7. in Vers. über das Civilrecht III.

TIT. XXV.

DE LOCATIONE CONDUCTIONE.

§. 881. Was ist der Miethcontract.

Miethcontract ist ein Consensualcontract, worin ich einem den Gebrauch einer Sache auf gewisse Zeit überlasse, oder illiberale Dienste zu leisten verspreche, und mir dagegen ein gewisses Miethgeld ausbedinge. Die Personen, welche bey diesem Contract vorkommen, sind der Verpachter, Vermiether, *locator*, und der Miethsmann, Pachter, Beständer, *conductor*. Wer nemlich den Gebrauch einer Sache einem Andern verstattet, oder

ihm die Dienste leistet, heißt locator; wer den Gebrauch der Sache erhält, oder sich Dienste leisten läßt, ist der conductor.

Die Anmerkung sagt, der conductor bekommt nach Verschiedenheit des gemietheten Gegenstandes verschiedene Benennungen. Wer Grundstücke pachtet, heißt *colonus*, wer ein Haus miethet, *inquilinus*, und wer öffentliche Einkünfte pachtet, *publicanus*.

§. 880. Eintheilungen des Miethcontractes.

Der Miethcontract ist zweyerley (S. die 58. Tabelle). Wenn ich einem den Gebrauch einer Sache vermiethe, so heißt es *locatio conductio rei*. Verdinge ich meine Dienste, so heißt es *locatio conductio operarum*. Diese ist wieder von verschiedener Art. Wenn ich meine Dienste überhaupt verdinge, so ist es *locatio conductio operarum* im eigentlichen Verstande. Dergleichen ist z. E. der Contract, den ich mit einem Laquaien, mit einer Magd, einer Haushälterin, Köchin u. s. w. schließe. Uebernehme ich hingegen die Verfertigung eines gewissen Werkes, z. E. der Zimmermann übernimmt die Aufführung eines Hauses, der Maurer die Verfertigung eines Gewölbes u. s. w. so heißt es *locatio conductio operis*.

Die Dienste müssen übrigens illiberale seyn. Liberale Dienste sind kein Gegenstand des Miethcontractes, und was man dafür bezahlt, heißt nicht *merces*, Miethgeld, sondern *honorarium* (§. 773. *). Wenn ich einem also liberale Dienste umsonst leiste, so heißt der Contract *mandatum*; bekomme ich eine Belohnung dafür, so heißt es: contractus facio ut des, oder do *ut facias*. Z. E. die Advocaten sollten in Rom den Clienten umsonst dienen. Zwischen dem Advocat und Clienten war also ein contractus mandati. Wenn ich einem gegen Bezahlung eines Honorariums in einer Wissenschaft Unterricht gebe, so ist es contractus do ut facias, wofern er nemlich voraus bezahlt, oder facio ut des, wenn er mich erst nach geendigtem Unterricht bezahlt (*).

Wer seine Dienste zu Verfertigung eines gewissen Werkes verdinget, der ist (nach einer etwas unbequemen Terminologie des Römischen Rechts) locator und conductor zugleich. Wenn man nemlich auf das anzulegende Werk selbst Rücksicht nimmt: so ist der Arbeitsmann der *conductor* oder *redemtor*, nemlich *operis* (er pachtet das Werk), und wer es machen läßt, *locator operis*, denn er verpachtet es. Sieht man aber auf die Arbeit, welche bey dem Werke geschieht: so ist der Arbeitsmann der *locator*, nemlich *operarum*; denn er vermiethet seine *operas*; und der Andere, zu dessen Nutzen diese Arbeit geschieht, ist der *conductor operarum*, er miethet die Dienste. So sind die Gesetzstellen zu vereinigen, welche die Worte locator und conductor nicht in einerley Verstand nehmen, und welche veranlaßt haben, daß über die richtige Bedeutung dieser Namen so viel geschrieben worden ist (**).

(1) Hunn.

(*) Gegen die Meynung Strubens rechtl. Bed. 1. 172. welcher besonders vermöge L. 1. §. 13. D. de extraord. cognit. die Sache ganz anders darzustellen sucht, ist vorzüglich Trendelenburg's (§. 773.) angeführte überaus gründliche Abhandlung de honorario etc. nachzusehen. W.

(1) *Hunii* resolut. lib. 3. tract. 7. part. 2. p. 836. *Brummer* exercit. de locat. conduct. cap. 2. §. 1. 2. in eiusd. opusc. p. 388. sqq. *Wege* tract. de locat. cond. cap. 3. n. 4. sqq.

§. 883. Die wesentlichen Eigenschaften dieses Contractes.

Der Miethcontract ist von dem Kauf darin unterschieden. Bey dem Kauf übergebe ich einem die Sache, in der Absicht, daß er sie als eigen soll haben können (§. 862. 878.); in dem Miethcontract hingegen gebe ich sie nur zum Gebrauch. Indessen haben doch diese beyden Contracte viel ähnliches (*1). Nemlich so wie in dem Kauf drey wesentliche Stücke vorkommen, **Einwilligung, Waare und Kaufgeld**; so hat auch der Miethcontract drey wesentliche Erfordernisse: **Einwilligung, Gebrauch einer Sache, oder Dienste, und Miethgeld.**

(1) So vieles, daß es zuweilen schwer zu sagen ist, ob ein gewisser Contract Kauf- oder Miethcontract sey. *Wege* cap. 5. n. 45. sqq. *Faber* rational. ad L. 65. de contr. emt. Struben rechtl. Bed. 5. Th. 98. Bed. hat den Fall, wo der Eigenthümer einer Wiese einem andern das davon zu erndtende Gras verkauft hatte, und dieses durch Ueberschwemmung zu Grund ging. — Die Partheyen hatten aber den Handel bald Kauf, bald Pacht genannt; und es kam also darauf an, ob nach den Grundsätzen vom Kauf künftiger Früchte, oder vom Erlaß des Pachtgeldes wegen Unglücksfälle zu entscheiden sey. Man nahm das Erstere an, und sprach, wiewohl aus nicht ganz zureichenden Gründen, gegen den Käufer. vergl. §. 866. Not. 1. 2. Westphal vom Kauf, Pacht rc. §. 59. rc. dessen Abh. vom Handel über künftigen ungewissen Gewinn. *G. F. Holzhauer* pr. de locationis rei frugiferae et venditionis fructuum futurorum differentia. Regiom. 1800. Beym Verkauf der Früchte geht auch der Regel nach das Eigenthum, und nach bezahltem Kaufgelde durch die Uebergabe, oder da diese rechtlich als geschehen anzunehmen ist, auf den Käufer über, §. 41. I. de rer. divis. (§. 871.). Der Pachter hingegen erhält das Eigenthum durch die zum Zweck des Gebrauchs von ihm oder seinetwegen geschehene Absonderung der Früchte. (§. 330. rc.) Man sehe übrigens bey diesem §. überhaupt L. 65. D. de contrah. E. V. L. 20. C. eod. (IV. 38.) L. 2. pr. §. 1. L. 22. §. 2. D. pr. u. §. 4. I. h. t. Westphal vom Kauf, Pacht rc. §. 890. rc. W.

§. 884. Von welcher Zeit an ist der Miethcontract vollkommen?

Die Miethe ist ein Consensualcontract. Daraus folgt: 1) sobald die Contrahenten über den Gebrauch der Sache, oder über die zu leistenden Dienste und über das Miethgeld sich vereinigt haben, sobald ist dieser Contract zur Vollkommenheit gelangt. Zuweilen aber wird ausgemacht, der Contract soll nicht eher verbindlich seyn, als bis er zu Papier gebracht, und von den Contrahenten unterschrieben seyn werde. In diesem Fall

bleibt es bey dem Vertrag; so lang der Contract nicht aufgesetzt und unterschrieben ist, kann jeder Contrahent wieder abgehen (§. 860.).

§. 885. Wer kann miethen und vermiethen?

Jeder kann daher 2) miethen und vermiethen, der einwilligen und über das Seinige disponiren kann. Doch sollen nach Römischem Recht a) die Decurionen (§. 139.), Soldaten (*1) und Geistlichen keine Landgüter pachten. Denn man glaubte, dieß sey unter der Würde der Decurionen; die Soldaten würden dadurch im Dienste, und die Geistlichen in der Seelsorge gehindert. Heutigestages aber werden diese Gesetze in Ansehung der Soldaten so wenig, als der Geistlichen beobachtet (*2). b) Die Vormünder sollen während der Vormundschaft keine Sachen, die dem Landesherrn oder Staate gehören, pachten; theils weil sie dadurch in ihren vormündschaftlichen Geschäften gehindert werden würden; theils weil der Fiscus Schaden leiden könnte, wenn der Vormund in schlechte Vermögensumstände käme, und der Pflegbefohlene wegen seiner ältern stillschweigenden Hypothek (§. 718.) dem Fiscus vorgienge. Heutigestags wird auch dieses Verbot nicht beobachtet, wenn der Vormund den Pupillen und dem Fiscus hinlängliche Sicherheit bestellen kann (*3). c) Viele Rechtsgelehrten behaupten, daß Handwerksleute, welche bey ihrer Handthierung Geräusch machen, Grobschmidte, Schlosser, Kupferschmidte u. d. gl. sich nicht in die Nachbarschaft eines Gelehrten einmiethen dürfen, wenn diese das Geräusch nicht leiden wollten. Dieß will man aus der L. un. C. de stud. lib. (XI. 18.) beweisen. Allein dort steht nichts, als die öffentlichen Hörsäle sollten so angelegt werden, daß Lehrer und Schüler nicht von andern Lehrern und Schülern durch Geräusch gestört würden. Man muß also eine sehr ausdehnende Interpretation zu Hülfe nehmen, um jenen Satz aus dem Gesetze herleiten zu können (*4).

(1) *Enenkel* de privileg. mil. lib. 2. priv. 11. — L. 31. C. h. t. (IV. 65.) führt auch noch den besondern Grund an: ne vicinis graves praesumtione cinguli militaris existant. W.

(2) *G. Beyer* themat. ex var. iur. select. Exerc. 10. th. 5. *Wege* tr. de loc. cond. c. 3. n. 43. *Boehmer* I. E. P. lib. 3. tit. 18. §. 7. sqq. *Christ. Gottl. Hommel* diss. de clerico rerum et operar. conductore, §. 5.

(3) *Brunnemann* ad L. L. 49. D. h. t. *Wege* cit. loc. n. 48.

(4) *Walch* controvers. p. 635. edit. III. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 63. Note 9.

§. 886. Gegenstände des Miethcontractes.

Der Gegenstand des Miethcontractes sind Sachen und Dienste. Die Sachen müssen im Commerz seyn, und nicht durch den Gebrauch verzehrt werden (*1). Ein Faß Wein, ein Malter Korn also kann ich nicht vermiethen. Denn eine vermiethete Sache soll in Natur (in specie) restituirt werden, und das geht bey fungiblen Sachen, wenn sie gebraucht sind, nicht an.

Die Dienste müssen operae honestae, und ausserdem, wie L. 5. §. 2. de praescript. verb. sagt, facta seyn, quae locari solent. Sie müssen honestae, erlaubte Dienste seyn. Wenn ich einen miethe, einen Dritten zu schlagen, zu verwunden, zu tödten rc. so entsteht keine Verbindlichkeit aus dem Vertrage. Was sind aber facta, quae locari solent? Die verschiedenen Meynungen erzählt Wege (*2); am richtigsten ist wohl folgende Erklärung. Es giebt facta, die man zuweilen für Geld dem Andern zu leisten übernimmt, ohne daß es gewöhnlich ist, den Contract einen Miethcontract zu nennen. Dergleichen sind, a) wie ich schon vorhin (§. 882.) erinnerte, operae liberales; man sagt nicht, daß man einen Lehrer gemiethet habe, einem in einer Wissenschaft Unterricht zu geben; b) auch andere facta, von denen der, welcher das Geld giebt, keinen unmittelbaren Nutzen hat. Z. E. wenn ich einem ein Stück Geld gebe, daß er einen Sklaven manumittiren; daß er eine gewisse Person heyrathen soll: so sagt man nach dem Redegebrauch nicht, daß ich ihn dazu gemiethet hätte, den Sklaven zu manumittiren, oder die Person zu heyrathen.

(1) Kann man Realservituten ohne das Gut, dem sie ankleben, verpachten? Außer Zweifel ist es, daß, wenn ich eine Sache verpachte, der Pachter auch die Dienstbarkeiten ausüben kann, welche der Sache zustehen. Z. E. wenn mein Garten das Recht hat, daß dessen Eigenthümer über den benachbarten Acker fahren dürfen, und ich den Garten verpachte, so kann der Pachter über den Acker fahren. Allein kann ich diese Dienstbarkeit auch ohne den Garten vermiethen? Dieses ist nach der L. 44. D. locati zu verneinen. Dort heißt es ausdrücklich: locare servitutem nemo potest. Man giebt eine Realservitut einem Grundstück zum Besten, und es ist nicht zu vermuthen, daß man das Verpachten habe erlauben wollen. *Voet.* ad Pand. tit. commun. praedior. n. 8. *Stryk*us. mod. tit. de serv. praed. rust. §. 11. Indessen ist die Frage doch streitig.

(2) *Wege* tr. cit. c. 4. n. 49.

§. 887. Vom Miethgeld.

Das Miethgeld (merces) muß, so wie der Kaufschilling, in einer bestimmten Summe Geldes (pecunia numerata) bestehen. — Diese wird für den Gebrauch einer Sache, oder für gewisse Arbeiten als Aequivalent bestimmt. — Wenn ich einem Dienste leiste, und er mir etwas anders als Geld dafür giebt: so ist es der unbenahmte Contract, facio ut des, oder do ut facias. Leiste ich Dienste, und er thut mir andere dagegen: so ist es der Contract, facio ut facias. Verstatte ich einem den Gebrauch meiner Sache, und bekomme dafür etwas, das nicht Geld ist, z. E. ich leihe einem ein Pferd, er giebt mir ein Malter Haber: so ist es ebenfalls ein unbenahmter Contract, nemlich facio ut des. Wenn ich Ein Pferd habe, und mein Nachbar Eins, wir also übereinkommen, daß ich dem Nachbar heute mein Pferd, er mir morgen das seinige zum Gebrauch geben soll, so ist es der Contract facio ut

facias. Nur in dem Fall, wenn ich einem eine fruchtbringende Sache vermiethe, mit dem Beding, daß er mir statt des Miethgeldes einen Theil der Früchte geben solle, so kann der Contract locatio conductio seyn. Nemlich entweder ist die Quantität der Früchte völlig bestimmt; er soll mir z. E. 3 Ohm Wein, 10 Malter Weizen geben; oder nur relativisch; z. E. ich bedinge mir die Hälfte, ein Drittel der Früchte aus. Im ersten Falle lassen die Römischen Gesetze den Contract als einen wahren Miethcontract gelten (*1); im letzten hingegen heißt er colonia partiaria, und ist ein Mittelding zwischen Miethcontract und Societät. Er hat das mit der Societät gemein, daß beyde Contrahenten am Vortheil und am Schaden Antheil nehmen (§. 913.). Im Deutschen heißt ein solcher colonus partiarius, ein Halbbauer, Halbmeyer, weil er gewöhnlich die Hälfte der Früchte abgeben muß (*2).

(1) *Vinn.* ad §. 2. h. t. Es ist also kein unbenannter Contract, in welchem nach Römischem Recht die Reue erlaubt ist. Von diesem Fall redet L. 21. C. h. t. (VI 65) vergl. dagegen L. 25. §. 6. D. h. t. Indessen sind verschiedene Juristen anderer Meynung, und behaupten, daß das Miethgeld in jeder fungiblen Sache bestehen könne. *Cocceji* iur. contr. h. t. quaest. 10.

(2) *Lauterbach* diss. de colono partiario in coll. diss. vol. 1. n. 21. *Stryk* V. M. h. t. §. 17.

§. 888. Erfordernisse des Miethgeldes.

Das Miethgeld muß ferner, gleich dem Kaufschilling im Ernst festgesetzt, billig und bestimmt seyn. Ich sage, es muß 1) im Ernst bedungen seyn (merces debet esse vera). Wenn es nur zum Schein ausbedungen wird, und ich einem den Gebrauch der Sache umsonst gebe: so ist der Contract ein Commodat. Leiste ich die Dienste umsonst, so ist es mandatum (*1).

2) Es muß billig seyn (merces iusta), dem Nutzen, den der Miethsmann von der Sache oder den Diensten zieht, proportionirt. Ist es von den Gesetzen zum Vortheil der Conductoren bestimmt, so darf der Vermiether nicht das geringste mehr nehmen. Haben hingegen die Gesetze nichts bestimmt, so kommt nur eine Verletzung über die Hälfte in Betrachtung. Nur alsdann kann der Vermiether (locator) klagen, wenn das Miethgeld nicht halb so viel beträgt, als der Nutzen der Sache oder der Dienste; und der Pachter (conductor), wenn der Nutzen der Sache oder Dienste nicht halb so viel ausmacht, als das Miethgeld. Man wendet nemlich die L. 2. C. de resc. vend. auch auf den Miethcontract an, weil es eben so unbillig ist, einen im Pachtcontract, als im Kauf zu übersetzen (§. 876.).

3) Bestimmt (merces certa). Die Bestimmung kann übrigens, so wie bey dem Kaufgeld (§. 870.), von den Contrahenten selbst; sie kann auch von einem Dritten geschehen. Ist das Miethgeld nicht bestimmt, z. E. ich miethe eine Sache oder Dienste, und verspreche zu bezahlen, was billig ist; oder auch, es wird gar nichts ausgemacht; ich leiste dem Andern Dienste, gebe ihm

meine Sache zum Gebrauch, ohne daß wir die Absicht haben, daß es unentgeltlich geschehen soll, reden aber gleichwohl wegen des Miethgeldes gar nichts ab: so ist entweder durch Gesetze oder Gewohnheit etwas bestimmt (merces est legitima) oder nicht. So ist z. E. der Lohn für Miethpferde, manche Arten von Handwerkslohn, der Lohn eines Taglöhners u. s. w. an jedem Ort durch Gesetze oder Gewohnheiten festgesetzt. Ist dieses der Fall, so ist der Contract ein wahrer Miethcontract, und der gesetzliche oder übliche Lohn muß bezahlt werden. Wenn hingegen weder durch Vertrag, noch Gesetz, noch Gewohnheit etwas festgesetzt ist, so ist ein ungenannter Contract vorhanden, und das Miethgeld wird mit der actione praescriptis verbis gefordert (*2). Die Bestimmung hängt von dem billigen Ermessen des Richters ab.

(1) *Vinn.* ad §. 1. I. h. t.

(2) Bey den Römern war etwas daran gelegen, ob ein Geschäft als ein Mieth- oder als ein ungenannter Contract galt, weil in den ungenannten Contracten die Reue erlaubt war. (§. 801.) — Was überhaupt §. 870. von den erforderlichen Eigenschaften des Kaufgeldes, und zu deren nähern Erläuterung vorgekommen ist, besonders das pretium *iustum* betreffend, ist auch hier auf das Mieth- oder Pachtgeld anzuwenden. W.

§. 889. Verbindlichkeiten, die aus dem Miethcontract entstehen.

1) Aus dem Miethcontract ziehen beyde Contrahenten Nutzen. Der Verpachter bekommt Miethgeld, der Pachter den Gebrauch einer Sache oder Dienste. Daher muß jeder dem Andern culpam levem prästiren (*1). Geht also z. E. das Pferd, welches ich gemiethet habe, durch meine Nachläßigkeit zu Grund, und diese ist von der Art, daß sie kein ordentlicher Mensch würde begangen haben: so muß ich den Schaden ersetzen. Ich weiß einen Fall, da Jemand einem Miethpferd, statt es mit einer Halfter anzubinden, einen Strick um den Hals legte, und es damit an die Krippe band. Das Pferd strangulirte sich, und der Miethmann mußte den Schaden ersetzen; denn er war in culpa levi.

2) Der Pachter bezahlt das Pachtgeld, weil er den Nutzen der Sache genießt. Wenn er also durch die Schuld des Verpachters diesen Nutzen nicht erhält; z. E. der Verpachter liefert die Sache nicht zur gehörigen Zeit, so kann er einen Nachlaß am Miethgeld, und überhaupt völlige Entschädigung, oder id quod interest (§. 968.) verlangen. Aber auch in dem Falle, wenn Unglücksfälle ihm den gehofften Nutzen entziehen, z. E. wenn er ein Landgut gepachtet hat, und die Früchte durch Hagelschlag ruinirt, vom Feinde fouragiret werden: so wollen die Römischen Gesetze, daß ihm der Verpachter etwas nachlasse, ob er dieß gleich nach dem strengen Recht nicht verlangen kann (§. 761.) (*). Viele wichtige und streitige Fragen in dieser Materie werden in den Pandecten beantwortet (*2).

3) Der Pachter wird nicht Eigenthümer der gemietheten Sache (*¹). Wenn daher die Sache durch einen Zufall zu Grunde geht: so trägt der Pachter das Unglück nicht, sondern es geht über den Verpachter, als den Eigenthumsherrn. Indessen wird zuweilen ausbedungen, der Pachter solle den Casus tragen. In diesem Fall bleibt es bey der Abrede. Hieher gehört der contractus socidae. Ich überlasse Einem den Gebrauch einer gewissen Anzahl Stück Vieh; diese werden taxirt, und der Pachter macht sich anheischig, an die Stelle der abgehenden andere zu stellen, oder den Werth zu erlegen; z. E. ich verpachte Einem mein Landgut, mit den darauf befindlichen Pferden, Rindvieh und Schaafen; bedinge mir aber aus, daß er mir dereinst, nach geendigtem Pacht, dieselbe Anzahl Vieh zurückliefern, oder, statt jedes abgehenden Stückes, einen gewissen Preis erlegen soll. Man nennt das Vieh, das Einem auf diese Art überlassen wird, eisernes Vieh (**).

(1) *Hunn.* resolut. lib. 3. tract. 7. part. 2. quaest. 6. pag. 848. behauptet, der Pachter müsse culpam levissimam prästiren, und ein gleiches vertheidigt bey dem locatore operarum *Coccei* h. t. q. 30. Aber man s. *Vinn.* h. t. §. 5. n. 2. sqq. *Brummer* in opusc. pag. 429. sqq. Freylich heißt es §. 5. h. t. der Pachter müsse mit den gepachteten Sachen wie ein *diligentissimus* pater familias umgegehen, und Paullus L. 25. §. 7. sagt: er müsse thun, was *diligentissimus* quisque würde gethan haben. Allein nach den allgemeinen Principien und andern deutlichen Stellen, z. B. L. 3. §. 1. naut. caup. kann man weiter nichts als den mittleren Fleiß von dem Pachter fordern.

Eine sehr streitige Frage ist, in wie weit der Pachter eines Hauses den Schaden, der durch eine darin entstandene Feuersbrunst entsteht, ersetzen müsse; insonderheit ob der Vermiether zu beweisen habe, daß das Feuer durch die Schuld des Miethmanns entstanden sey. Man s. *Vinn.* sel. quaest. lib. 1. cap. 33. *Wege* tr. de loc. cond. cap. 7. n. 62. sqq. *Wernher* Part. 4. obs. 214. n. 137. sqq. *Hamberger* diss. I. de incendiis, opusc. p. 92 sqq. Ich halte dafür, daß der Vermiether allerdings den Beweis übernehmen müsse. (S. oben §. 761. Not. 5.) Dieser Meynung wird zwar häufig L. 3. §. 1. D. de offic. praef. vigil. entgegen gesetzt. Allein das Gesetz betrifft den Privatstreit zwischen dem Eigenthümer und dem Bewohner des Hauses gar nicht, sondern bemerkt bloß enunciative, was man bey der Criminaluntersuchung meistens wahr befunden habe. Erheblicher hingegen ist das Argument, welches L. 5. C. de pign. act. (IV. 24.) für den Vermiether an die Hand giebt. Westphal v. Pfandr. §. 24. Man sehe auch Glück Erläuter. d. Pand. IV. Th. §. 324. u. a. bey Schmidt Lehrbuch v. gerichtl. Klagen rc. §. 785. angef. DD. W.

Einen merkwürdigen Fall, wo die Frage war, ob der Miethsmann einen der gemietheten Sache von einem Dritten zugefügten Schaden ersetzen müsse, hat *Püttmann* miscellan. cap. 31. — Besonders kommt bey dieser Frage L. 25. §. 4. D. h. t. in Erwägung. Die Worte: propter inimicitias eius (also nicht in eum) müssen von dem Fall verstanden werden, da der Pachter zu der Feindseligkeit durch irgend eine Ungebühr Gelegenheit gegeben hatte. Westphal vom Kauf, Pacht rc. §. 994. vergl. auch L. 66. D. solut. matrim. W.

(*) Ueberhaupt merke man hiebey folgende Regeln: der Pachter kann an dem Gebrauche und Nutzen der Sache gehindert werden a) durch die Schuld des Verpachters, b) durch seine eigene Schuld oder wenigstens durch einseitige persönliche Verhältnisse, die den Verpachter rechtlich nicht angehen; c) durch Unglücksfälle, welche die verpachtete Sache treffen. Im ersten Falle kann er sich nicht allein von Erlegung des Pachtgelds wegen des nicht gehabten Gebrauchs lossagen; sondern auch überdem volle Entschädigung oder omne id quod interest (§. 968.) fordern. L. 24. L. 25. §. 8. L. 33. L. 55. §. ult. D. loc. cond. vergl. jedoch L. 28. §. 2. L. 60. pr. D. eod. *Mevius* P. VIII. dec. 318. Im zweyten Falle kann er natürlich von einer Entschädigung gar nicht reden, sondern muß vielmehr das versprochene Pachtgeld völlig bezahlen. L. 25. §. 3. 4. eod. (vergl. die vor. Not.). L. 203. D. de R. I. Im dritten Falle gebührt ihm nur Nachlaß am Pachtgelde nach Verhältniß des nicht gehabten Nutzens, nicht aber Vergütung dessen, was er sonst aus dem Seinigen etwa eingebüßt hat, oder des ihm entgangenen Gewinns, also überhaupt nicht id quod interest. L. 15. §. 7. cit. L. 33. D. loc. cond. Eine der vorzüglichsten Schriften über diese ganze Materie ist G. L. Böhmers in der folgenden Note 2. angef. Dissertation. Sehr brauchbar ist auch über den Nachlaß am Pachtgelde wegen Mißwachses *G. F. Albrecht* Diss. de remissione mercedis ob sterilitatem indulgenda. Giess. 1779. deren Verfasser als Justizbeamter hierüber aus eigener Erfahrung viel Nützliches zu sagen im Stande war. W.

(2) Einige vorzüglich hieher gehörige Schriften sind *Dav. Mevii* rechtliches Bedenken über unterschiedliche Fragen, so in Sachen der Grundherren und Pensionarien, welche ex contractu locationis conductionis Landgüter einhaben, bey Kriegszeiten vorkommen, Frf. und Lpz. 1729. 4. *de Riedesel* tr. de remissione mercedis ob calamitates bellicas Goett. 1760. cum praefat. *Io. Steph. Pütteri*. *G. L. Boehmer* diss. de obligatione locatoris ob impeditum rei locatae usum, in Elect. iur. civ. tom. 1. n. 9. Carl Gottfr. Winkler Abhandlung von Kriegsschäden, Leipzig 1760. zweyte Ausgabe, veranstaltet von G. L. Winkler Leipz. 1796. – Die neueste Schrift hierüber, worin man auch die übrigen angeführt findet, ist C. A. Hauß über den Ersatz und die Vertheilung der Kriegsschäden. Nürnberg 1801.

Man s. auch Hymmen's Beiträge zur jurist. Litterat. in den Preuß. Staaten IV. 96. Im Ganzen hat der Pachter in Ansehung der Kriegsschäden ein doppeltes Fundament, Vergütung zu verlangen, 1) in sofern er dadurch an der Nutzung der Pachtstücke behindert wird; hier kann er nur Nachlaß am Pachtgelde, jedoch keine andere Art der Entschädigung fordern. (Vergl. die vor. Note); 2) in sofern er Abgaben an den Feind bestritten hat, die der Verpachter eigentlich selbst aus dem Seinigen hätte bestreiten müssen; hier fordert er aus dem Grunde versionis in rem und negotiorum gestionis (§. 936. 1155.) die volle Vergütung der gehabten Ausgaben mit den Zinsen. L. 2. L. 19. §. 4. D. L. 18. C. de negot. gest. (II. 19.) W.

(3) Der Regel nach nemlich. Es giebt indessen Fälle, wo er es wird, wo also der Pachtcontract etwas vom Darlehnscontract annimmt. Dahin gehört der Fall, wenn ich einem Künstler ein Material, z. E. einem Silberschmidt Silber gebe, um mir daraus etwas zu verfertigen. Denn da es einerley ist, ob er dieses oder anderes gleich feines Silber nimmt, so wird er Eigenthümer von

dem erhaltenen Silber. L. 34. pr. D. de auro et arg. leg. Man s. auch die berühmte L. in navem Saufeii 31. D. de loc. cond. welche *Bynkershoek* obs. lib. 8. cap. 1. 2. 3. 4 5. 6. 7. mit einem ausführlichen Commentar erläutert hat. Westphal v. Kauf, Pacht rc. §. 931.

(**) Der angeführte contractus socidae — Eisern Vieh-Contract — erstreckt sich auch ausser dem Vieh häufig auf alle übrigen zur Bewirthschaftung des gepachteten Fundus nöthigen Sachen, auf Ackergeräthe, sogenanntes Schiff und Geschirr, auch auf alles, was unter der Benennung: instrumentum fundi, oder Guts-Inventarium, vorkommt. Wichtig ist hiebey die Frage: in wiefern das Eigenthum der taxirten Stücke auf den Pachter übergehe? Sie kann vorzüglich in Erwägung kommen, wenn der Pachter Concurs macht. Danz im Handbuche des deutschen Rechts (II, 201.) bejaht die Frage schlechthin. Dagegen aber wird sie von *Carpzov* Part. II. const. 37. def. 19. *und von* Westphal in Gutachten und Erkenntnissen des bürgerl. Rechts nach Ordnung der Pand. tit. loc. cond. §. 10. verneint. Man muß wohl 1) vor allen Dingen auf die eigentliche Verabredung der Partheyen Rücksicht nehmen, d. i. in welcher Form und mit welchem Vorbehalte des Verpachters die Sachen überlassen sind. 2) Ganz bestimmt ist die Sache in den Gesetzen nicht entschieden. Diese setzen zwar den Handel einem Kauf an die Seite. L. 3. D. loc. cond. Auch muß der Pachter freylich die Gefahr der Sache übernehmen. L. 5. §. 3. D. commodati. Allein aus beyden folgt noch nicht, daß das Eigenthum des Verpachters ganz aufhöre. Nicht aus der käuflichen Ueberlassung, welche cit. L. 3. D. loc. cond. als Absicht der Partheyen annimmt. Man vergl. nemlich damit L. 5. §. 18. D. de tribut. act. L. 30. C. de iure dot. und überhaupt die §. 802. bereits angeführten Gründe. Nicht daraus, daß der Pachter die Gefahr trägt; denn das muß er, weil er sie übernommen hat. Die Hauptabsicht der Partheyen bey diesem Handel geht nur dahin, daß der Pachter das Guts-Inventarium in dem Stande, wie er es bekommen hat, erhalten, und für jede Verminderung und Verschlimmerung haften soll, er mag daran Schuld seyn oder nicht. Dieß ist der Zweck der geschehenen Ueberlassung nach der Taxe, und der Verpachter kann also das wirklich Vorhandene immer noch als Zubehör des fundi, und in dieser Eigenschaft als sein Eigenthum betrachten.

§. 890. Fortsetzung.

Durch den Kaufcontract überlasse ich Einem eine Sache auf immer, in dem Miethcontract aber gebe ich ihm nur den Gebrauch der Sache, oder leiste Dienste auf eine Zeitlang. Daraus folgt, 1) daß der Miethcontract seine Endschaft erreiche, a) wenn die gesetzte Zeit verflossen ist; b) wenn die vermietheten Dienste geleistet sind.

Was ist aber Rechtens, wenn während der Miethzeit das Recht des Verpachters aufhört? Wenn ein wiederruflicher Eigenthumsherr die Sache verpachtet, und sein Eigenthum aufhört: so nimmt auch ohne Zweifel der Miethcontract ein Ende. Z. E. wenn der Ehemann ein Dotalstück vermiethet hat, und die Ehe während der Miethzeit getrennt wird: so muß der conductor die Sache herausgeben (*1). Bestrittener hingegen ist die Frage: ob, wenn

der unwiederrufliche Eigenthümer seine Sache verpachtet, und sie während der Pachtzeit veräussert, z. E. verkauft, verschenkt, vermacht rc. auch hier der Pachter weichen müsse? Bricht die Veräusserung, z. B. der Kauf, die Miethe? Nach dem Naturrecht läßt sich dieses nicht behaupten (*[2]). Allein was ist nach den Römischen Gesetzen Rechtens? Verschiedene Rechtsgelehrten behaupten (*[3]), daß auch nach diesen der Pachter dem neuen Eigenthümer nicht weichen dürfe. Allein die gemeine und gegründetere Meynung ist, daß der Singular-Successor den Pachter auszutreiben allerdings befugt sey (*[4]).

2) Der Miethsmann darf ohne gerechte Ursache die gepachtete Sache nicht verlassen, und wenn er es thut, so muß er demungeachtet das ganze Miethgeld bezahlen. Ich sage, er darf sie nicht ohne gerechte Ursache verlassen; ist dergleichen vorhanden, z. E. das gemiethete Haus ist so baufällig, daß es den Einsturz droht; die Kriegsläufte erlauben nicht, sicher auf dem gepachteten Landgut zu wohnen: so kann der conductor abziehen. Der Verpachter aber darf auch den Pachter vor geendigter Miethzeit nicht vertreiben, ausgenommen a) wenn er in zwey Jahren kein Miethgeld bezahlt (*[5]); b) wenn er die Sache nicht contractmäßig gebraucht, z. E. das vermiethete Haus verdirbt, in der gepachteten Jagd keine Hegezeit hält u. dgl. c) Wenn die Sache eine Reparatur nöthig hat, die das Ausziehen des Miethmannes nothwendig erfordert; d) wenn der Verpachter wegen eines unvermutheten Vorfalls seine Sache selbst nöthig hat. L. 3. C. v. t. Also der Vorfall muß unvermuthet, und der eigene Gebrauch dem Locator nothwendig seyn (*[6]).

(1) L. 25. §. fin. solut. matrim. *Wege* de loc. conduct. cap. 12. n. 112. sqq.

(2) *Treuer* ad *Pufendorf* de O. H. et C. lib. 1. cap. 15. §. 15.

(3) Der erste, welcher ausführlich diese Meynung vertheidigte, war der Rintelsche Professor Zoll. Er trug sie in seiner Diss ad L. 9. C. de loc. cond. Rintel. 1687. vor. Seine Gründe findet man concentriret in *Beyer* del. iur. civ. sec. ord. Pand. lib. 19. tit. 2. Der Marburgische Professor Zaunschliffer setzte sich ihm entgegen, und nun begann ein weitläuftiger Streit, dessen Geschichte in den Hallischen Beyträgen zur jurist. gel. Historie, 2. Band, 255. rc. S. erzählt ist.

(4) In der L. 25. §. 1. D. h. t. sagt Cajus, wenn ich ein verpachtetes Gut verkaufe, so solle ich mir ausbedingen, daß der Pachter vor geendigter Pachtzeit nicht ausgetrieben werde, damit er mich nicht ex conducto belangen könne. Und Ulpian in der L. 120. §. 2. D. de legat. I. lehrt: fructus ex fundo pure legato post aditam hereditatem a legatario perceptos ad ipsum pertinere, colonum autem cum herede ex conducto habere actionem; womit auch Julian L. 32. D. h. t. übereinstimmt. Die Hauptstelle aber ist L. 9. C. de loc. cond. (IV. 65.) wo es heißt: emtorem quidem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit. Verum (aber auch in dem Fall) si probetur aliquo pacto consensisse, (wenn der Käufer mit dem Pachter einen Vertrag geschlossen hat,) ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto, bonae fidei iudicio ei quod placuit parere cogetur. Der Grund dieser Verordnung

Dddddd

ist vielleicht: Der Eigenthümer könnte einen vortheilhaften Käufer verlieren, wenn er die Endigung des Miethcontractes abwarten müßte; vielleicht dieser: der neue Eigenthümer hat ein dingliches Recht, der Pacht nur ein ius ad rem; ein schwächeres Recht aber muß dem stärkeren weichen. Westphal vom Kauf, Pacht rc. §. 1028 rc. *Aug. Rud. Ies. Bünemann* diss. de emtore conductorem secundum ius civile non expellente (Goett. 1761) will die L. 9. C. dadurch aus dem Wege räumen, daß er die Leseart einiger Handschriften und Ausgaben annimmt, *emtori* quidem fundi necesse non est stare *colonum*, und erklärt das Gesetz so: der Pachter ist, wenn die verpachtete Sache verkauft wird, nicht verbunden die Pachtzeit auszuhalten, wofern er es nicht durch einen Vertrag versprochen hat. Diese Erklärung aber reimt sich fürs erste nicht mit den Worten: nisi ea lege emit, und überdieß ist unerweislich, daß der Pachter die Pachtung aus dem Grunde, die Sache sey verkauft worden, aufsagen könne. Man s. *Cocceii* iur. controv. h. t. q. 22. *Wernher* part. 7. obs. 3. *Ayrer* progr. de genere actionis adversus conductorem cedere nolentem instituendae, in opusc. tom. 1. num. 6. *Walch* controv. p. 642. edit. III. Strube rechtl. Bed. 3. Th. 211. Seite. So viel ist gewiß, daß der Miethsmann, wenn er vor geendigter Miethzeit ausgetrieben wird, den Vermiether auf das Interesse belangen kann. cit. L. 25 §. 1. D. h. t. Will der Conductor sicher seyn, durch keinen Käufer ausgetrieben zu werden, so muß er dem Miethcontract die Clausel anhängen, daß die Sache während der Pachtzeit nicht veräussert werden solle (pactum de non alienando), und sich deswegen ein Pfandrecht auf die Sache geben lassen. — arg. L. 7. §. fin. D. de distract. pignor. *Lauterbach* colleg. theor. pract. tit. loc. cond. §. 62. und 93. vergl. *Wernher* P. VII. obs. 227. Uebrigens ist auch der Pachter nicht schuldig, das Pachtverhältniß mit dem successor singularis fortzusetzen L. 32. D. loc. cond., wofern dem Letztern nicht die Rechte aus dem Contract von seinem Vorgänger abgetreten sind. Von den Rechtsmitteln, deren sich der besondere Nachfolger gegen den Pachter zu bedienen hat, um diesen auszutreiben, s. Weber Beyträge zu der Lehre von gerichtl. Klagen und Einred. II. und III. 15. 99. W.

(5) *Leyser* sp. 220. med. 1. *Pufendorf* tom. 4. obs. 182. — L. 54. §. 1. D. loc. cond. redet bestimmt von biennio continuo. Doch wollen einige Rechtslehrer hier voraussetzen, daß die Miethe hätte jährlich bezahlt werden müssen. Daher sie zur Anwendung des Gesetzes überhaupt hinreichend halten, wann der Pachter zwey Termine unbezahlt läßt. *Hellfeld* iurispr. forens. §. 1052. Schmidt von gerichtl. Klagen rc. §. 988. Westphal von Kauf, Pacht rc. §. 1020. Richtiger ist es doch wohl, bey den Worten des Gesetzes stehen zu bleiben, wenn die Partheyen selbst hierüber nichts bestimmt haben. W.

(*) Man s. auch (Hymmen's) Beyträge zur jurist. Litterat. in den preuß. Staaten VII. 132. wo der Rechtsfall vorkommt, da der Vermiether über die große Anzahl von Hunden Klage führte, die eine Dame in der gemietheten Wohnung bey sich hielt.

(6) *Wege* tr. cit. cap. 12. n. 36. sqq. *God. Lud. Mencken* diss. de iure expellendi colonum ob supervenientem necessit. in opusc. n. 15. Strube Bed. 3. Th. 133. S. — Mit L. 3. C. h. t. sind auch noch, was die nothwendige Reparatur anbetrift zu vergleichen L. 60. pr. D. h. t. L. 27. pr. L. 28. §. 2. ibid. Westphal v. Kauf, Pacht rc. §. 954. rc. W.

§. 891. Von der Relocation.

Um die Materie von der Relocation gründlich einzusehen, bemerke man folgende Säße:

Eine Miethe ist entweder die erste, oder eine Relocation, Wiederpacht. Relocation heißt nemlich eine Fortsetzung des Miethcontractes.

Die erste Miethe kann ausdrücklich, sie kann aber auch stillschweigend geschlossen werden. Einige Juristen (*[1]) behaupten zwar, die erste Miethe könne nicht stillschweigend eingegangen werden; aber ohne allen Grund (*[2]). Wenn ich mich z. E. stillschweigend in ein Transportschiff begebe, das seinen Bestimmungsort hat; oder wenn ich an einem Ort, wo Miethkutschen auf großen Plätzen halten, in eine steige, und dem Miethkutscher sage, wo er mich hinfahren soll, so ist offenbar eine erste stillschweigende Miethe vorhanden.

Die Relocation ist ebenfalls entweder eine ausdrückliche oder stillschweigende. Wenn nemlich der Pachter nach geendigter Miethzeit den Gebrauch der Sache mit Vorwissen und ohne Widerspruch des Verpachters fortsetzt: so ist die Sache stillschweigend relocirt; und wenn ich Einem die vermietheten Dienste nach geendigter Zeit zu leisten fortfahre; so sind die Dienste stillschweigend relocirt.

Entsteht aber die Frage: wie lang der stillschweigende Wiederpacht dauere, so muß man folgende Fälle unterscheiden: 1) Wenn in dem ersten Miethcontract darüber etwas ausgemacht ist, so behält es dabey sein Bewenden; wiewohl in diesem Falle eigentlich keine stillschweigende, sondern eine ausdrückliche Relocation vorhanden ist. 2) Wenn Gesetz oder Gewohnheit etwas bestimmen, so ist die Sache ebenfalls keinem Zweifel unterworfen. Die Studenten z. E. miethen gewöhnlich ihre Wohnzimmer auf ein halbes Jahr; bleibt also Einer nach geendigter Miethzeit im Zimmer wohnen: so ist die Miethe wieder auf ein halbes Jahr renoviret. 3) Wenn nichts ausgemacht, auch nichts durch Gesetz und Gewohnheit bestimmt ist: so dauert die Relocation der Dienste nicht länger, als bis ein Theil dem andern aufkündigt. 4) Ein gleiches ist bey der Relocation eines praedii urbani, von welchem der Pachter keine natürlichen Früchte zieht, Wohnhauses, Wohnzimmers, einer Scheune u. s. w. zu behaupten. Hingegen 5) die Wiederpachtung eines fruchttragenden Grundstückes, Gartens, Ackers rc. (praedii rustici) dauert nach Römischem Recht Ein Jahr. Es fragt sich nur, läßt sich diese Verordnung auf Deutschland anwenden? In Italien mochte es möglich seyn, nach der dort damals üblichen Art des Feldbaues in Einem Jahr den vollen Nutzen von einem Landgut zu ziehen; in Deutschland aber geht dieß nicht immer an. Es gehören gewöhnlich drey Jahre dazu. Daher behaupten denn fast alle Juristen, daß bey uns die stillschweigende Relocation drey Jahre dauere (*[3]).

(1) J. C. *Bachov* ad *Treutler* vol. 1. disp. 22. th. 1. lit. C. verb. *vel tacite*.

(2) *Wernher* part. 1. obs. 68. *Leyser* sp. 213. med. 1. Strube rechtl. Bed. 3. Th. 214. Seite. *Walch* controv. p. 390. *Müller* ad *Leyser* obs. 435.

(6) Diese Sätze, nemlich der 3. 4. und 5. sind nicht ausgemacht, sondern sehr streitig. Man s. *Stryk* us. mod. h. t. §. 69. *Coccеii* iur. contr. h. t. q. 2. et 3. *Wernher* part. 1. obs. 16. part. 7. obs. 136. part. 9. obs. 2. *Leyser* sp. 215. m. 5. *Pufendorf* tom. 1. obs. 135. *Walch* contr. p. 396. Struben rechtl. Bed. 1. Th. 92. Seite. *I. H. Boehmer* diss. de iuribus diversis ex climat. divers. ortis §. 14. Ex. ad P. tom. 1. p. 288. und die Schriftsteller, welche von der stillschweigenden Relocation eigene Abhandlungen geschrieben haben, in der Lipenischen Bibl. Art. *relocatio*. Die Hauptstelle in dieser Materie ist L. 13. §. fin. D. h. t. wo Ulpian sagt: quod autem diximus, *taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri*; ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis, et si lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum. Sed et si secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse. Hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensisse videntur, et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. In *urbanis autem praediis* alio iure utimur, *ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur*, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est. Die Worte *prout quisque* etc. und *nisi in scriptis* etc. machen die meiste Schwierigkeit. Jene, prout quisque etc. werden insgemein so erklärt, wie ich im Text gethan habe; die Relocation dauert so lang, bis ein oder der andere Theil aufkündigt. — Dieß ist auch der Sache ganz angemessen, da sich bey praediis urbanis der fortdauernde Nutzen und Gebrauch ad singula momenta temporis berechnen läßt. Dagegen ist die von *M. Paulsen* de relocat. tac. effectu in praed. urb. Gött. 1775. versuchte Erklärung, daß die Worte sich auf den Zeitraum eines Pachttermins beziehen sollen, folglich, wenn z. B. die Miethe monatlich oder vierteljährlich bezahlt würde, alsdann auch die stillschweigende Relocation sich noch auf einen Monat oder ein viertel Jahr erstrecke, ziemlich gezwungen. Der Ausdruck des Gesetzes berechtigt nicht, dieß anzunehmen. W. – Aber was sollen die letzten heißen, nisi in scriptis etc. Stryk und Leyser am a. O. glauben, daß Ulpian hier den Fall vor Augen habe, den ich im Text Num. 1. angeführt habe; wo nemlich im Miethcontract ausgemacht ist, daß im Fall nach geendigter Miethzeit ein Theil dem andern nicht aufkündigen würde, die Miethe noch so und solang continuirt werden sollte. Allein in diesem Falle wäre ja eine relocatio expressa vorhanden. Die Meisten erklären diese Worte dahin, daß, wenn der Miethcontract über ein praedium urbanum schriftlich verfaßt sey, die stillschweigende Relocation solang dauere, als die erste Miethe. *Kunz* diss. de relocat. tac. § 14. ibique cit. *Müller* ad *Leyser* obs. 438. Pufendorf glaubt, daß auch bey schriftlichen Pachtcontracten über *praedia rustica* die Relocation solang als der erste Pacht währe. Ich halte mit *Schulting* thes. controv. dec. 69. th. 6. dafür, daß von dem Falle die Rede ist, wenn die erste Miethe *in scriptis* geschlossen, das ist, ausgemacht worden ist, der Contract solle, ehe er zu Papier gebracht und unterschrieben worden, nicht gelten. Ein solcher Contract kann nicht stillschweigend erneuert werden. L.

17. C. de fid. instrum. Man muß aber, wenn man diese Erklärung annimmt, in der Stelle ein Tribonianisches Emblem voraussetzen. Denn zu Ulpians Zeiten galt der in der L. 17 C. cit. aufgestellte Satz noch nicht. — Indeß hat doch auch diese Auslegung, wie ein Jeder leicht einsieht, ihre Schwierigkeiten. Vielleicht ist folgende ganz einfache Erklärung vorzuziehen. Ulpian hatte vorher bemerkt, daß bey Landgütern rc. das Pachtverhältniß, sobald es einmal, gesetzt auch nur stillschweigend, bewilligt ist, schon nach der Natur der Sache und ohne weitere Verabredung Ein Jahr dauere. Nur fügt er hinzu, daß sich dieses anders bey Wohnungen in der Stadt verhalte. Hier ist durch die Sache selbst gar keine gewisse Dauer bestimmt, sondern der Miethsmann immer nur für die Zeit verpflichtet, die er wirklich gewohnt hat, wofern nicht ausdrücklich eine Dauer des Contracts verabredet ist. Natürlich muß also eben dieses auch bey der stillschweigenden Relocation gelten. Der Ausdruck in scriptis kann nicht die Absicht haben hier alles gerade auf eine schriftliche Zeitbestimmung einzuschränken; sondern ist zufällig dadurch veranlaßt, weil bey irgend erheblichen Pachtungen gewöhnlich schriftliche Aufsätze vorkommen. Sonst ist kein Grund vorhanden, warum nicht bey mündlichen Verabredungen eben das gelten sollte. Westphal vom Kauf, Pacht rc. §. 905. Das von Schulting behauptete Emblem Tribonian's ist darum nicht füglich anzunehmen, weil hier nicht von schriftlichen Contracten überhaupt, sondern blos von der schriftlichen Zeitbestimmung die Rede ist, und weil selbst nach L. 17. C. de fide instrument. doch in dem Falle, den dieß Gesetz voraussetzt, keine litterarum obligatio aus dem schriftlichen Pachtcontracte entsteht, folglich nicht abzusehen ist, warum das einmal, obgleich durch einen schriftlichen Contract begründete, Rechtsverhältniß, nicht stillschweigend verlängert werden konnte. W. — Da man übrigens, wie allgemein bekannt ist, von manchen praediis rusticis, z. E. einer Wiese, einem Garten rc. in Einem Jahr den vollen Nutzen ziehen kann, so muß man billig behaupten, daß bey dergleichen Grundstücken die Relocation, so wie nach Römischem Recht, nur Ein Jahr dauere. *Coccei* ius controv. h. t. q. 2. *Hasenhart* diss. de reloc. tacita, §. 17.

§. 892. Klagen, die aus diesem Contract entstehen.

Der Miethcontract ist ein Bilateral-Contract, aus dem gleich anfangs für beyde Theile eine Verbindlichkeit entsteht; er bringt daher zwey Klagen hervor, welche beyde *directae* sind, und ihren Namen von dem Contract bekommen; die eine heißt *actio locati*, die andere *actio conducti*.

§. 893. Von der actione locati.

Der Verpachter stellt sie gegen den Pachter und dessen Erben an, daß er a) das Pachtgeld, und zwar im Säumungsfalle mit Zinsen, bezahlen; b) daß er die gepachtete Sache nach geendigter Pachtzeit herausgeben, und c) den Schaden ersetzen soll, den er der Sache, dolo, oder culpa lata oder levi zugefügt hat. Sind dem Pachtcontract noch besondere Verträge angehängt, so kann der Verpachter die Klage auch auf deren Erfüllung richten.

§. 894 Von der actione conducti.

Diese Klage stellt der Pachter gegen den Verpachter an. Er bittet, bey

der Verpachtung einer Sache den Verpachter anzuhalten, a) daß er die Sache mit allem Zubehör einräume oder einhändige (*[1]); b) daß er den Pachter im Gebrauch der Sache nicht hindere; c) daß er den verursachten Schaden vergüte, und d) die vom Pachter auf die Sache verwandten Kosten ersetze. Nemlich 1) die Kosten, in welche der Verpachter gewilliget hat, muß er ohne Unterschied ersetzen. 2) Auch die, in welche er nicht gewilliget hat, die aber doch zur Erhaltung der Sache nothwendig waren, oder ohne deren Aufwand die Sache an ihrem Werth verlohren haben würde (impensas necessarias), ist er zu ersetzen schuldig. Desgleichen 3) die, welche der Sache einen höheren Werth geben (utiles) (*[2]). Nur muß a) der höhere Werth auch nach geendigter Pachtzeit noch vorhanden seyn; b) dieser Werth allein, nicht die Auslagen kommen in Anschlag; c) die Kosten müssen nicht unmäßig seyn. Wenn es dem Verpachter nach seinen Vermögensumständen zu schwer wird, sie zu erstatten, oder wenn, nach dem Ermessen des Richters, die Kosten in Rücksicht der verpachteten Sache und des Pachtgeldes sich allzuhoch belaufen: so ist der Verpachter zu dem Ersatz der Uebermaaße nicht verpflichtet (*). Es ist daher keinem Pachter zu rathen, dergleichen Kosten, ohne vorhergehende Einwilligung des Verpachters, aufzuwenden. Was 4) der Pachter blos zu seinem Vergnügen auf die Sache wendet (impensae voluptuariae), wird ihm nicht ersetzt (*[3]).

Bey der Vermiethung der Dienste geht die Bitte des Klägers dahin, daß der Beklagte die vermietheten Dienste leiste, und den durch Unterlassung seiner Schuldigkeit verursachten Schaden ersetze.

(1) Auch hier behaupten (so wie bey dem Kauf § 878.) einige Rechtsgelehrten, der Verpachter sey nicht schuldig, schlechterdings die Sache zu übergeben; sondern könnte sich davon befreyen, wenn er das Interesse leiste. Man s. *Schulting.* thes. controv. dec. 70. th. 8. Sie gründen sich auf das Princip, daß bey obligationibus facti das factum nicht schlechterdings gefordert werden könne. (§ 743.)

(* Man s. hiebey auch L. 10. §. 1. D. de negot. gest.

(2) *Ulpian.* fragment. tit. 6. §. 14. sqq. wo von den auf die Brautgabe verwendeten Kosten die Rede ist, sagt: impensarum tres sunt species: aut enim *necessariae* dicuntur, aut *utiles*, aut *voluptuosae*. Necessariae sunt impensae, quibus non factis dos deterior futura est, velut si quis ruinosas aedes refecerit. Utiles sunt, quibus non factis quidem deterior dos non fuerit; factis autem fructuosior dos effecta est, veluti si vineta et oliveta fecerit. Voluptuosae sunt, quibus neque omissis deterior dos fieret, neque factis fructuosior effecta est; quod evenit in viridiariis et pictoriis similibusque rebus. — Nothwendig ist also nicht blos der Aufwand, wodurch die Sache dem Eigenthümer erhalten wird, wie die Rechtsgelehrten ihn häufig erklären, sondern auch derjenige, wodurch einer Verschlimmerung der Sache zuvorgekommen, oder abgeholfen wird. Hugo Civ. Magaz. I. 3. 368. W.

(3) *Wege* tract. cit. cap. 9.

TIT. XXVI.

DE CONTRACTU EMPHYTEUSEOS.

§. 895. Uebergang zu dieser Materie.

Der emphyteutische Contract ist ein Mittelding zwischen dem Kauf- und Miethcontract. Die Römischen Juristen disputirten daher, ob er ein Kauf oder eine Miethe sey. Er scheint ein Kauf zu seyn: denn der emphyteuta erlangt eine Art von Eigenthumsrecht; aber auf der andern Seite gleicht er auch dem Miethcontract, weil der emphyteuta eine jährliche Abgabe entrichten muß, und der dominus emphyteuseos Eigenthümer bleibt. K. Zeno verordnete daher, die emphyteusis sollte weder emtio noch locatio, sondern ein besonderer eigener Contract seyn (*[1]).

(1) Die Worte seiner Verordnung, L. 1. C. de iure emphyteut. (IV. 66.) sind: ius emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis adiiciendum, sed hoc ius tertium esse constituimus, ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum: conceptionem definitionemque habere propriam, et iustum esse validumque contractum, in quo cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus vel etiam fortuitis casibus, pactionibus *scriptura interveniente* habitis placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri.

§. 896. Verschiedene Bedeutungen des Worts emphyteusis.

Zuweilen besitzt Jemand wüste Ländereyen; er wünscht, daß sie urbar gemacht, und gehörig gebauet würden, hat aber nicht Lust oder Gelegenheit, dieses selbst zu thun. Auch findet sich wegen der Mühe des Anrottens Niemand, der die Ländereyen auf eine Zeitlang pachten, und Pachtgeld dafür bezahlen will. Er giebt sie daher Einem für sich, seine Erben und Nachkommen zum nutzbaren Eigenthum, mit dem Beding, daß er sie anbauen, und zum Zeichen seines unvollständigen Eigenthums eine jährliche geringe Abgabe entrichten soll. In diesem Falle ist eine *emphyteusis* (*[1]) vorhanden; sowohl a) der Contract, den der Eigenthümer der Grundstücke mit dem Andern schließt, als b) das Grundstück, welches er ihm überläßt, als c) das Recht, welches der Andere auf das Grundstück erhält, heißt emphyteusis. Dieses Wort hat also, gerade so wie das Wort pignus (§. 712.), dreyerley Bedeutungen. Nimmt man a) es für einen Contract, so versteht man darunter den Consensualcontract, worin ich Einem das nutzbare Eigenthum eines Grundstückes (*[2]) zu überlassen verspreche, mit dem Beding, daß er es verbessere, und zur Anerkennung meines Obereigenthums eine jährliche Abgabe entrichte (*[3]). Versteht man aber b) ein Recht darunter, so bedeutet es das nutzbare Eigenthum, welches jemand unter dem Beding der Melioration und einer jährlichen

Abgabe erhält. Endlich c) bedeutet emphyteusis auch oft die Sache, welche ich Einem unter der eben beschriebenen Bedingung zu benutzen gebe.

Die Veranlassung und Geschichte der emphyteusis bey den Römern ist folgende. Wenn sie ein Volk besiegten, so nahmen sie den Besiegten ein Stück ihres Landes ab, und theilten es entweder den Bürgern, insonderheit den Soldaten aus, oder machten es zu einer Staatsländerey (agro publico populi romani). Die schon angebauten Stücke dieser Staatsländerey gaben sie auf einen beständigen Pacht, und ließen sich eine verhältnißmäßige Abgabe (vectigal) davon entrichten; die wüsten Stellen gaben sie zur emphyteusi. Die Kayser, die Kirchen, die Städte ahmten diese Anstalt in den folgenden Zeiten nach, sie gaben auch wüste Stücke Landes in emphyteusin. Endlich fingen auch Privatpersonen an, ihre Güter auf diese Weise auszuthun, und man nannte nun dergleichen Güter *bona emphyteutica*, auch *vectigalia*. Anfangs hatten die Besitzer nur ein persönliches Recht, nach und nach aber wurde dieß in ein dominium utile verwandelt (*4).

Man denke übrigens nicht, daß jede emphyteusis durch einen Contract entstehe. Meistens liegt darin der Ursprung der emphyteusis, aber doch nicht immer. Denn sie kann auch durch einen letzten Willen und durch Verjährung entstehen. Ich kann Einem nemlich das nutzbare Eigenthum eines Grundstücks mit dem Beding der Melioration vermachen. Durch die Präscription läßt sich das emphyteutische Recht auf zweyerley Art erwerben. a) Wenn ein non dominus mir ein emphyteutisches Recht constituirt, und ich es 10 oder 20 Jahre lang bona fide ausübe; b) wenn ich das Gut ohne allen, oder doch ohne rechtmäßigen Titel 30 Jahre lang als eine emphyteusin besessen habe. Diejenigen, welche die ausserordentliche Verjährung der Dienstbarkeiten statuiren (§. 532.), behaupten (*5), daß man auch auf gleiche Weise eine emphyteusin erwerben könne; wenn man nemlich mit Vorwissen und ohne Widerspruch des Eigenthümers ein wüstes Gut urbar mache, zehen Jahre lang besitze, und den Canon davon bezahle (*6).

(1) Das Wort stammt von ἐμφυτεύειν ab, das eigentlich pfropfen, überhaupt aber auch verbessern heißt.

(2) Ob nur Grundstücke (praedia rustica), oder auch Gebäude in emphyteusin gegeben werden können, ist streitig. *Walch* controv. p. 644. edit. III. Heutigestages können ohne Zweifel Gebäude, z. E. Mühlen, ein Gegenstand dieses Contractes seyn.

(3) Ein offenbarer Irrthum ist, wenn Einige behaupten, daß jeder Pachtcontract, der länger als auf fünf Jahre geschlossen wird, ein emphyteutisches Recht gebe. S. *Vinn* ad §. 3. I. de loc. cond. n. 3.

(4) Den Ursprung und die Geschichte der Emphyteusis erzählt ausführlich *Burmann* de vectigal. pop. rom. cap. 1. 2. 3.

(5) Arg. L. 10. pr. D. si serv. vind.

(6) *Cocceii* iur. contr. tit. si ager vectigalis, qu. 5. Wie ist aber vom iure emphyteutico das *ius embateuticum* unterschieden, dessen Ulpian L. 3. §. 4. D. de reb. eor. gedenkt. Si ius ἐμφυτευτικὸν vel ἐμβατευτικὸν habeat pupillus, videamus, an distrahi hoc a tutoribus possit? Et magis est, non posse, quamvis ius praedii potius sit. Ulpian scheint eine Art von dominio utili oder auch den Nießbrauch im Sinne gehabt zu haben. *Heinecc.* ad *Brisson.* de verb. signif. voc. embateuticum ius.

§. 897. Personen in diesem Contract.

Die bey diesem Contract vorkommenden Personen sind der dominus emphyteuseos und der emphyteuta. Wer nemlich von seinem Gut das nutzbare Eigenthum einem Andern mit dem Beding giebt, daß er es verbessern, und eine jährliche Abgabe entrichten soll, heißt dominus emphyteuseos; wer aber ein Grundstück unter diesen Bedingungen erhält, heißt emphyteuta.

§. 898. Natur desselben.

Die emphyteusis ist ein Consensualcontract. Daraus folgt: 1) der Contract ist vollkommen, sobald die Partheyen übereingekommen sind; 2) daß er schriftlich aufgesetzt werde, ist nicht nothwendig, sondern nur nützlich (probationis causa), damit, wenn dereinst über die Rechte und Verbindlichkeiten des Herrn oder des emphyteutae Streit entsteht, man aus dem schriftlichen Contract den Beweis herholen könne (*1). Nur alsdann, wenn eine Kirche ein Gut in emphyteusin giebt, soll nach der Vorschrift der allegirten Gesetze (*2) der Contract schriftlich aufgesetzt werden. Allein auch hier gehört meines Erachtens die Scriptur doch nicht zum Wesen der Sache; das heißt, auch eine solche emphyteusis ist, wenn die schriftliche Aufsetzung unterblieben ist, darum nicht ungültig (*3). 3) Kein Contract giebt ein dingliches, sondern nur ein persönliches; also auch der emphyteutische Contract giebt nur ein persönliches Recht; das ius in re, das dominium utile erhält der emphyteuta alsdann erst, wenn ihm das Grundstück übergeben wird (*4).

(1) Viele Juristen halten die schriftliche Aufsetzung für wesentlich nothwendig, z. B. *Hunn.* resolut. lib. 3. tr. 7. part. 2. pag. 855. weil Zeno in der (§. 895.) angeführten Verordnung sagt: scriptura interveniente. Man s. aber *Vinn.* ad §. 3. I. de loc. cond. n. 8. *Cocceii* iur. controv. tit. si ager vectigalis, qu. 2. *Walch* controv. p. 643. edit. III.

(2) Nov. 7. pr. Nov. 120. cap. 6.

(3) *Mencken* gymnas. polem. disp. 3. §. 5. p. 74. *Leyser* sp. 459. med. 5. Indessen behaupten fast alle Rechtslehrer, daß bey der Emphyteusis, die eine Kirche giebt, der schriftliche Aufsatz zum Wesen des Geschäfts gehöre; *Beck* de iure emphyt. cap. 5. pag. 58. ibique cit.

(4) Irrig ist es also, wenn einige Juristen behaupten, daß der emphyteutische Contract schon allein ein dingliches Recht wirke. *Vinn.* ad §. 3. I. de loc. cond. n. 4.

§. 899. Rechte des emphyteutae.

Der emphyteuta erhält ein nutzbares Eigenthum, dominium utile,

Buri (*1) läugnet dieß, und will dem emphyteutae zwar ein dingliches Recht, aber kein Eigenthum zugestehen. Allein ich glaube, daß sich die gemeine Meynung gar wohl vertheidigen läßt. (S. oben §. 291.) Im Grund ist an der Sache wenig gelegen.

Die Rechte des emphyteutae sind: 4) Es gehören ihm alle Nutzungen und Früchte des Grundstückes, auch ein Schatz, der darauf gefunden wird. 5) Er hat das Recht, Servituten auf das Gut zu legen (*2); z. E. er kann dem Nachbar die servitutem viae verstatten. Auch kann er die Gestalt des Gutes ändern, aus der Wiese einen Acker, aus dem Acker einen Garten machen, nur muß diese Veränderung dem Gut nicht zum Schaden gereichen. Er hat ferner 6) das Recht, das Gut sowohl titulo universali als *singulari* einem Andern zu überlassen; titulo universali, das ist, wenn Einer das ganze Vermögen des emphyteutae bekommt, so erhält er auch das emphyteutische Gut; titulo singulari, der emphyteuta kann das Gut allein, ohne sein übriges Vermögen auf einen Andern transferiren. Er kann es verschenken, vertauschen, verkaufen, noch vielmehr also verpfänden. 7) Wer aber alle Vortheile von einer Sache zieht, muß auch die Lasten tragen; daher muß der emphyteuta alle von der Sache zu entrichtende Abgaben entrichten.

(1) Von Buri Erläuterung des Lehnrechts S. 844. u. f.

(2) Anderer Meynung sind *Wernher* sel. obs. for. part. 1. obs. 223. p. 263. n. 12. sqq. v. Buri am a. O. 848. Allein da der emphyteuta das Gut veräussern kann, so ist ihm auch die Befugniß, es mit Servituten zu beschweren, nicht zu versagen. Indessen dauern dergleichen Dienstbarkeiten nicht länger, als das emphyteutische Recht. Sobald das Gut auf den Herrn zurückfällt, hören die ohne seine Einwilligung bestellten Servituten auf. *Grass* de reditu dominii legali, §. 64. n. 32. p. 213. den ich überhaupt in dieser Materie empfehlen muß — vergl. jedoch Thibaut Vers. über die Theorie d. R. II. 15. W.

§. 900. Fortsetzung.

Der emphyteuta kann auch 8) das emphyteutische Gut von jedem Besitzer vindiciren. Wenn nemlich ein Anderer unrechtmäßig in den Besitz des Gutes gelangt ist, so kann der emphyteuta die Reivindication gegen ihn anstellen. Selbst gegen den Herrn der Emphyteusis steht ihm die Klage zu, wenn sich dieser in den Besitz des Gutes gesetzt hat, und es dem emphyteutae vorenthält.

§. 901. Rechte des domini emphyteuseos.

Der dominus emphyteuseos hat das dominium directum. Vermöge dessen kann er 1) eine Abgabe fordern, welche *canon*, Erbzins, Eigenzins heißt. Sie wird nicht als ein Ersatz für die Früchte bezahlt, welche der emphyteuta genießt, sondern blos in recognitionem dominii directi, zum Zeichen und Beweis, daß der emphyteuta kein vollständiges, sondern nur unvollständiges Eigenthum habe. Daher ist auch dieser canon gewöhnlich den Früchten

des Gutes nicht proportioniret, und wird nicht erlassen
auch dem emphyteutae die Früchte durch Mißwachs, sei
andere Unglücksfälle entgehen (*). Gewöhnlich muß die
entrichtet werden: allein es kann auch festgesetzt werden,
alle Vierteljahr, alle zwey Jahr gegeben werden solle.
kann zwar das emphyteutische Gut veräussern, er muß a
directo die vorhabende Veräusserung anzeigen, damit di
ob der neue emphyteuta zu Bau und Besserung des G
dieß, so kann der Herr die Veräusserung nicht verwehre
emphyteuta das Gut verkauft, so hat der Herr das Vo
miseos). Dieses Recht aber muß er innerhalb zwey Mo
geschehenen Anzeige ausüben. 4) Wer das emphyteuti
lari bekommt (§. 899.), muß dem Herrn den funfzigst
oder zwey Procent dafür bezahlen, daß ihn derselbe als ei
teutam annimmt. Diese Abgabe heißt *laudemium*, h

(*) *Leyser* med. ad. Pand. 103. 4. Thibaut l. c. n. III
theidigt *Voet*. comment. ad Dig. VI. 3. 20. etc. W.
(1) *Hert*. decis. 901. n. 1. *Leyser* sp. 105. med. 2.

§. 902. Wie das emphyteutische Recht au

Das emphyteutische Recht hört auf 1) durch die C
nemlich der Herr das nutzbare Eigenthum an sich bringt,
eigenthum vereinigt; oder wenn sich der emphyteuta d
wirbt, und also beyde Eigenthumsrechte in seiner Person
die Verjährung, wenn nemlich a) ein Dritter sich au
Gut durch die Verjährung ein dominium plenum ern
dominus directus sich ein dominium plenum anmaßt
als bloßen Pachter behandelt, oder das Gut ganz einziehe
nimmt, und der emphyteuta sich dabey 30 Jahre lang be
dominus den canon fordert; der emphyteuta ihn verwe
nium plenum zuschreibt, und der dominus 30 Jahre lan
Strafe wird der emphyteuta seines Rechtes beraubt, wen
Kirche zweymal nach einander, einem andern Obereigent
nicht bezahlt. In diese Strafe verfällt er *ipso iure*, da
der Zeit an, da der Richter den emphyteutam seines Rec
tenz verlustig erklärt; sondern sogleich, sobald der zwey
ohne Zahlung verstrichen ist (*1). Doch muß der domin
den emphyteutam verstoßen wolle. Stirbt er, ohne di
so ist der emphyteuta geborgen (*2). Kann aber der emp
bleiben nicht wieder gut machen (moram purgare); das

Verstreichung des zweyten oder dritten Termins kommt, und den Canon bringt, ehe sich der dominus noch erklärt hat, daß er den emphyteutam vertreiben wolle: so muß der dominus den Canon annehmen, und den emphyteutam auf dem Gute lassen? Nach dem Römischen Recht ist er dazu nicht verbunden. Das Canonische Recht aber giebt in dem angeführten Text in geistlichen emphyteusibus dem emphyteuta die Befugniß, sein Aussenbleiben durch die Ueberbringung des Canons wieder gut zu machen, und viele Juristen (*3) dehnen diese Verordnung auch auf weltliche emphyteuses aus. Daher ist es eine Cautel für den Herrn der emphyteusis, wenn er das Gut einziehen will, daß er sogleich nach Verfließung der Zahlungstermine auf die Privation klagt. Denn nun kann sich der emphyteuta durch die Ueberbringung des Erbzinses von der Strafe nicht mehr befreyen. 4) Wenn der emphyteuta das Gut ohne Vorwissen des Herrn alienirt, oder 5) in hohem Grade verdirbt (*4). Ich sage in hohem Grade, denn nicht durch jede geringe Deterioration verwirkt er sein Recht. 6) Wenn das ganze Gut zu Grunde geht, z. E. vom Wasser weggerissen wird. Geht nur ein Theil zu Grund, so bleibt das übrige Stück ein emphyteutisches Gut.

(1) *Lauterbach* coll. th. pr. tit. si ager vectigal. §. 22. *Voet* ad Pand. ibid. num. 36. et 40.

(2) *Cocceii* iur. contr. tit. si ager vectigal. Qu. 8.

(3) *Carpzov* P. 2. C 38. def. 11. n. 6. *Struv.* Decis. Sabbath. cap 10. decis. 13. *Brunnemann* ad L. 2. C. de iur. emphyteus. *Stryk* diss. de purgatione morae. cap. 4. n 47.

(4) Die Nov. 120. cap 8. redet zwar nur von der Emphyteusis einer Kirche. Aber billig dehnt man sie auf andere aus, wenigstens ist diese Ausdehnung in der Praxis angenommen. *Grass.* l. c. §. 45. n. 1. sqq. pag. 137. — Mit dieser Praxis ist freylich schwer zu rechten (§. 59.). Indeß entsteht hiebey die Frage: darf der Erbzinsmann, wenn er auf der einen Seite das Gut beschädigt, auf der andern aber erheblich verbessert hat, das letztere dagegen in Anrege bringen? Buri im Lehnrecht p. 247. etc. verneinet, hingegen *Leyser* med. ad Pand. 102. 8. bejahet diese Frage. Thibaut in den angef. Vers. II. 15. 2. vertheidigt die Meynung des letztern, aber aus einem andern Grund, weil nemlich, wenn die Verbesserung die Beschädigung übersteigt, nicht gesagt werden kann, daß die Sache im Ganzen verschlimmert, d. i. in ihrem Werthe gemindert sey. M. s. auch L. 13. §. 5. D. de usufructu. W.

§. 903. Klagen, die aus der emphyteusi entstehen.

Wenn die Frage ist, welche Klagen aus der emphytensi entstehen, so muß man das emphyteutische Recht von dem emphyteutischen Contract unterscheiden (§. 896.). Das emphyteutische Recht ist ein nutzbares Eigenthum, also ein dingliches Recht; es producirt folglich eine Realklage, rei vindicationem utilem oder *actionem si ager vectigalis.* Der emphyteuta kann sie gegen jeden unrechtmäßigen Besitzer des Gutes anstellen (§. 900. 8.). Aus dem emphyteutischen Contract hingegen entstehen zwey Personalklagen, welche beyde actio

emphyteuticaria heißen. Sie entstehen beyde gleich anfangs und wesentlich aus dem Contract, sind also beyde actiones directae (§. 740.).

§. 904. Fortsetzung.

Die eine actionem emphyteuticariam stellt der emphyteuta gegen den Herrn oder dessen Erben an, daß man ihm das emphyteutische Gut versprochenermassen in den Besitz und Genuß geben soll. Die andere dieser Klagen wird von dem Herrn gegen den emphyteuta angestellt, und zwar dahin, daß der emphyteuta den rückständigen Canon entrichten (wenn nemlich der Herr es nicht rathsamer findet, zwey oder drey Termine abzuwarten, und alsdann auf die Privation zu klagen), das laudemium bezahlen, das Gut gehörig verbessern, kurz, seine contractmäßigen Schuldigkeiten erfüllen soll.

Billig muß ich hier noch etwas von den Deutschen Erbzinsgütern oder den Erbleihen anmerken. Diese Art Güter haben mit der Römischen emphyteusi große Aehnlichkeit, sind aber doch hauptsächlich in folgenden Puncten davon unterschieden. 1) Die emphyteusis wird auf alle Erben vererbt (§. 899.), die Deutsche Erbleihe nur auf die, so vom ersten Erwerber abstammen. 2) Der emphyteuta kann das Gut veraussern, der Herr mag es gern sehen oder nicht (§. 901.); der Deutsche Erbleihmann hingegen kann ohne Einwilligung des Herrn keine Veräusserung vornehmen. 3) Bey der emphyteusi muß das laudemium bezahlt werden, ohne daß es im emphyteutischen Contract ausbedungen ist, der emphyteuta ist dazu schon den Gesetzen nach verbunden. Bey den Erbleihen ist dieß nicht. 4) In der emphyteusi wird das laudemium nur bezahlt, wenn das Gut an einen successorem singularem alienirt wird, bey der Erbleihe müssen es oft auch die Erben bezahlen. 5) Der emphyteuta bezahlt den Canon nicht für den Genuß der Früchte (§. 901.), bey den meisten Erbleihen aber ist es anders 2c.

(a) S. *Glasmacher* diss. de potioribus diff. inter emphyteuses rom. et germ. Marb. 1769. *Spengel* diss. de natura et indole emphyteuseos Germ. Goett. 1771. *Sim. Herm. de Post* diss. de origine et natura iuris censitici Germ. eiusque praecipuis ab emphyteusi rom. differentiis. Goett. 1789.

TIT. XXVI.

DE SOCIETATE.

§. 905. Was ist die Societät und wie vielerley?

Die Societät ist der vierte Consensualcontract. Um sich davon den richtigen Begriff zu machen, muß man zuvor wissen, was die Communion ist. Eine Communion, Gemeinschaft ist vorhanden, wenn mehrern Personen das Mit-Eigenthum oder ein anderes Recht, es sey in re oder ad rem, zusteht. Was Mit-Eigenthum (condominium) sey, ist oben (§. 290.) erklärt. Die Gemein-

schaft kann nun durch einen Vertrag, sie kann auch auf andere Weise entstehen. Wenn z. E. Mehrern eine Sache vermacht wird, so ist eine Gemeinschaft vorhanden, ohne daß die Legatarien einen Vertrag errichtet haben. Eine solche ohne Vertrag entstandene Gemeinschaft heißt *communio incidens*. Der Vertrag hingegen, wodurch eine Gemeinschaft eingeführt wird, heißt *societas*.

Die Societät läßt sich aus einem doppelten Gesichtspunct betrachten: man kann nemlich a) auf ihren Zweck, b) auf ihre Wirkung sehen. In Rücksicht auf den Zweck ist sie entweder *quaestuaria sive negotiatoria*, Maskopey, oder *non quaestuaria*. Bey der ersten haben die Gesellschafter die Absicht, etwas zu gewinnen, zu erwerben. Dergleichen ist z. E. eine Gesellschaft von Kaufleuten, die in Compagnie handeln; eine Gesellschaft von Fabricanten, die in Gesellschaft ihre Waaren fabriciren (*1). Bey der non quaestuaria liegt eine andere Absicht zum Grunde. Dahin gehört z. E. die Gütergemeinschaft, welche Ehegatten unter einander errichten; eine Gesellschaft von Gelehrten oder Künstlern, welche zusammen an einem gelehrten Werk, an einer Erfindung, nicht um Geld zu verdienen, sondern der Ehre wegen, arbeiten; eine Wittwenverpflegungsgesellschaft; die humane society in England, deren Zweck ist, Menschen, die für todt gehalten werden, wieder zum Leben zu bringen rc.

In Rücksicht auf die Wirkungen ist die Gesellschaft ebenfalls zweyerley. Entweder werden die Gegenstände der Societät selbst, dem Eigenthum nach, gemeinschaftlich (societas quoad sortem contrahitur); oder jeder socius behält das privative Eigenthum seiner Sachen, und nur der Gebrauch der Sachen wird gemeinschaftlich (societas initur quoad solum usum). Z. E. wenn Kaufleute zu einem Compagniehandel Capitalien oder Waaren zusammenbringen, wenn Ehegatten eine Gütergemeinschaft errichten: so wird das Eigenthum der Sachen gemeinschaftlich. Man denke sich aber den Fall, daß zwey Leute, deren jeder zwey Pferde hält, diese vier Pferde zusammen spannen, um Waaren zu transportiren. Hier geht die Gesellschaft nur auf den Gebrauch, nicht auf das Eigenthum. Man s. die 60 Tabelle.

(1) Einige wollen nur der Erwerbsgesellschaft den Namen societas zugestehen, z. B. *Vinn.* ad §. 1. h. t. pr.

§. 906. Die Erwerbsgesellschaft ist dreyerley.

Die societas negotiatoria oder quaestuaria geht entweder a) auf alles, was die Mitglieder erwerben, das heißt, titulo oneroso erlangen (*1), oder b) nur auf eine gewisse Gattung des Erwerbes; z. E. zwey Kaufleute handeln mit einer gewissen Waare in Compagnie, aber jeder führt auch noch mit andern Waaren für sich allein einen Handel, oder c) blos auf ein einzelnes Geschäft, z. E. Kaufleute, die sonst gar in keiner Gesellschaft stehen, kaufen in Compagnie

eine Schiffsladung Caffee. Die erste Art der Societät heißt *generalis*, die zweyte *particularis* oder *specialis*, die dritte *singularis*.

(1) Erbschaften, Vermächtnisse, Geschenke gehören nicht hieher.

§. 907. Die societas non quaestuaria ist von zweyerley Art.

Die Gesellschaft, welche nicht des Erwerbes wegen eingegangen wird, ist entweder *universalis* oder *particularis*. Universalis heißt sie, wenn das gesammte Vermögen der Mitglieder, gegenwärtiges und zukünftiges, gemeinschaftlich ist; particularis, wenn nur ein Theil des Vermögens, oder auch nur eine einzelne Sache gemeinschaftlich wird. Z. E. zwey Personen halten zu ihrem Vergnügen ein Reitpferd in Gemeinschaft. Auch gehört hieher eine Gesellschaft, die zwar nicht in der Absicht, etwas zu erwerben, eingegangen wird, in welcher aber doch das, was die Gesellschaftsglieder erwerben, gemeinschaftlich ist. Eine solche Gesellschaft (communio bonorum particularis quoad quaestum) gilt in vielen Deutschen Provinzen unter den Ehegatten. Die allgemeine Gütergemeinschaft hat an verschiedenen Orten bey Ehegatten Statt; ausserdem ist sie höchst selten, weil sie große Beschwerlichkeiten hat, wie wir im 912. §. sehen werden.

§. 908. Bestimmtere Erklärung der Societät.

Die Societät ist also ein Consensualcontract (*1), worin festgesetzt wird, daß mehrere Personen a) ihre Sachen einander mittheilen, in Gemeinschaft haben, oder b) gewisse Arbeiten zusammen verrichten wollen, und zwar (eins oder das andere), entweder des Erwerbes oder eines andern Endzweckes wegen.

(1) Wenn Modestinus L. 4. D. h. t. sagt: societatem coire *et re et verbis* posse, dubium non est, so will er sagen: die Einwilligung kann auch durch Thathandlungen, ohne Worte, erklärt werden.

§. 909. Was gehört zu dessen Vollkommenheit?

Die Societät ist ein Consensualcontract. Zu ihrer Vollständigkeit gehört also nichts als die Einwilligung der Paciscenten. Indessen wird dadurch allein das Vermögen der Gesellschaftsglieder noch nicht gemeinschaftlich; das heißt, der Vertrag allein macht nicht, daß ein socius Miteigenthümer von den Sachen wird, die dem andern socio gehören, ob sie gleich zur Societät bestimmt sind, und vermöge des Contractes gemeinschaftlich werden sollen. Denn das Miteigenthum ist ein dingliches Recht. Dingliche Rechte aber werden durch Verträge allein nicht übertragen, es gehört Tradition dazu. Also erst von der Zeit an, da ein Gesellschafter die Objecte der Societät dem andern übergiebt, erlangt dieser das Miteigenthum derselben. Eine Ausnahme ist bey der allgemeinen Gütergemeinschaft. Hier kommt das sämmtliche Vermögen der Gesellschaftsglieder in das Gesammteigenthum, sobald der Vertrag geschlossen ist, ohne daß die Interessenten einander das Vermögen übergeben; weil eine solche Tradition allzuweitläuftig und mühsam seyn würde (*1). Z. E. wenn Ehegatten eine allgemeine

Gütergemeinschaft eingehen, so gehört das Vermögen der Frau dem Manne, und des Mannes Vermögen der Frau, von dem Tage des Vertrages an. Es ist nicht erforderlich, daß die Ehegatten einander jedes Vermögensstück tradiren.

(1) Nur *actiones* müssen die Gesellschafter einander cediren. L. 4. D. h. t. Auch was sie nach eingegangener Societät erwerben, ist nicht sogleich von selbst (ipso iure) gemeinschaftlich. L. 73. 74. D. h. t. *Schulting* thes. controv. dec. 62. th. 1.

§. 910. Die Societät kann ungleich seyn.

Die Gesellschafter theilen einander Sachen mit, oder leisten einander Dienste; daß einer gerade das, und soviel in die Gesellschaft bringe, als der andere einbringt, ist nicht nöthig. Daraus folgt, 1) daß die Societät gültig ist, wenn einer mehr, der andere weniger beyträgt, z. E. in einer Handlungssocietät kann der eine Kaufmann 10000, der andere 5000 Thlr. beyschießen. 2) Auch kann eine Societät dergestalt geschlossen werden, daß ein Mitglied Güter hergiebt, das andere hingegen nur Dienste leistet; die ihm dann als ein Capital angerechnet werden; z. E. der eine Fabrikant kauft Baumwolle und Farbenmaterialien, um rothes türkisches Garn zu färben, der andere dirigirt blos die Färberey, und giebt nichts von seinem Vermögen her. Nur müssen die Dienste, welche ein Gesellschafter leistet, erlaubt und ehrbar seyn. Wenn sich nemlich mehrere Personen verbinden, durch unerlaubte Mittel etwas zu erwerben: so ist die ganze Verbindung unerlaubt, und ungültig, hat daher die Rechte einer Societät nicht.

§. 911. Fortsetzung.

Wenn übrigens Jemand einer Gesellschaft Dienste leistet, so ist er darum nicht allezeit Mitglied der Gesellschaft; oft ist er nur Diener der Societät; z. E. eine Handelsgesellschaft nimmt Ladendiener, Buchhalter, Factore (institores) an, die keine Theilnehmer an der Societät sind. Will man beurtheilen, ob Jemand Mitglied der Gesellschaft, oder ihr bloßer Diener sey: so muß man zusehen, ob er am Vortheil und Verlust participirt, oder ob er seinen gewissen Gehalt bekommt, die Societät mag nun Gewinn oder Schaden haben. Im ersten Fall ist er socius, im letzten Bedienter der Gesellschaft.

§. 912. Von der Verbindlichkeit der Gesellschafter.

3) Welche culpa wird in der Societät prästirt? Ausdrückliche Gesetze sagen: ein socius sey schuldig, so viel Fleiß und Aufmerksamkeit auf die Societätsgeschäfte zu verwenden, als er auf seine eigenen zu verwenden pflegt (**). Nur alsdann, wenn er jene nachläßiger behandelt als diese, sey er strafbar, und müsse den Schaden ersetzen. Nach der oben (§. 757.) angenommenen Terminologie wird also in der Societät *culpa levis in concreto* geleistet. Die Ursache, warum keine größere Aufmerksamkeit verlangt werden kann, liegt darin: die Societät kann ich verlassen, so bald ich will (§. 914.). Sehe ich also, daß mein Compagnon nachläßig ist, und setze dennoch die Gesellschaft mit

mit ihm fort: so bin ich selbst schuld an dem Schaden, den ich durch seine Nachläßigkeit leide. In der communione incidente hat übrigens dieselbe Regel Statt, weil man sie ebenfalls aufkündigen kann, sobald man will.

4) Ein socius, der sich eines Betrugs schuldig macht, wird mit der Ehrlosigkeit bestraft. Denn wenn ich mit einem Menschen in Gesellschaft trete, so setze ich in seine Ehrlichkeit ein groses Zutrauen. Hintergeht er mich also, so handelt er höchst schändlich.

5) Ein Gesellschaftsmitglied ist dem andern das beneficium competentiae schuldig; das ist, wenn ein socius der Gesellschaft so viel schuldig bleibt, daß er nicht alles bezahlen kann, ohne an den Bettelstab zu kommen, so können die socii nicht alles von ihm verlangen, was er schuldig ist. Sie müssen ihm so viel lassen, als er zu seinem standsmäßigen nöthigen Lebensunterhalt braucht (§. 1138.) (*).

6) In der allgemeinen Societät ist alles gemein; ein jedes Mitglied nimmt so viel aus der gemeinen Masse, als es braucht, wenn es auch gleich mehr braucht als das andere, und wenn es gleich nicht, oder vielleicht noch weniger Vermögen in die Societät gebracht hat, als das andere. Wenn z. E. einer von sociis universalibus eine Tochter verheyrathen, einen Sohn studiren lassen will, so nimmt er die Ausstattung, die Studierkosten aus der gemeinen Masse, wenn gleich der andere socius keine Kinder, also dergleichen Ausgaben nicht hat (*2). Daher ist diese allgemeine Societät so selten.

7) In andern Gesellschaften hingegen darf ein Gesellschafter nur ein seinem Beytrage proportionirtes Quantum aus der Societät nehmen; wer mehr beyträgt, zieht auch mehr, als der, welcher weniger beygetragen hat (*3). Indessen kann durch Verträge ein Anderes bestimmt werden; festgesetzt werden, daß, obgleich die socii ungleiche Beyträge gethan haben, dennoch einer soviel aus der Gesellschaft ziehen soll, als der andere.

8) Wenn die Gesellschafter mit einem Dritten contrahiren, und die Frage ist, was für Rechte und Verbindlichkeiten aus diesem Contract entstehen: so muß man folgende Fälle unterscheiden. a) Die Gesellschafter haben zusammen mit dem Dritten contrahirt. Jetzt bekommen sie ein Recht nach Verhältniß ihres Antheils in der Gesellschaft (pro rata, pro ea parte qua quisque socius est) (*4). Z. E. also A. und B. sind socii; A. hat $\frac{2}{3}$ in der Societät, B. $\frac{1}{3}$. Sie contrahiren mit C., und dieser wird ihnen 300 fl. schuldig, an dieser Summe hat A. 200 und B. 100 zu fordern. Auch werden sie pro rata verpflichtet (*5). b) Ein socius schließt im Namen der Societät zwar, aber ohne Vollmacht dazu zu haben. In diesem Fall bekommen die übrigen weder Rechte noch Verbindlichkeiten aus dem Contract (*6), wofern nicht die ganze Societät Nutzen aus dem Contract gezogen hat. Z. E. ein Gesellschafter ver-

kauft Waaren, und bringt den Betrag der Societät in Einnahme. Denn nun hat actio de in rem verso gegen die Societät Statt, wenn gleich der contrahirende socius ohne Vollmacht gehandelt hat (*7). c) Der contrahirende Gesellschafter hat von den andern Vollmacht gehabt, und dieser Vollmacht gemäß contrahirt. Wenn dieß ist, so sind die andern in solidum verbunden, und erhalten auch ein Recht in solidum aus dem Vertrage (*8).

(1) §. 9. I. h. t. ibique *Vinn.* et *Heinecc.* L. 72. D. h. t. Will man mit *Walch* controv. pag. 654. edit. III. es culpam *latam* nennen, wenn ein socius die Societätsgeschäfte nachläßiger, als seine eignen behandelt, so kann man freylich sagen, in der Societät werde nur culpa lata prästirt. Allein die culpa levis in concreto ist doch wirklich nicht allezeit culpa lata, sie kann auch levis und levissima seyn. Ich sage culpa levis *in concreto* ist nicht allezeit lata. Wenn ein höchst nachläßiger Mensch auf den Gegenstand eines Contracts nicht einmal die Aufmerksamkeit wendet, welche er in seinen eignen Sachen anwendet, so ist seine culpa levis in concreto eine lata culpa, wie Celsus in der L. 32. D. depos. (s. oben §. 784.) sagt. Allein bey einem sonst sehr aufmerksamen Menschen kann etwas culpa levis in concreto seyn, was sonst levissima ist (§. 757.).

(*) Man sehe jedoch *Menke* system. Pand. edit. *Schoen.* XVII. 2. 14.

(2) *Schulting* thes. controv. dec. 62. th. 2.

(3) *Huber* in praelect. ad I. h. t. n. 2. et in evnom. rom. ad L. 29. D. h. t. *Schulting* l. c. thes. 7. und Andere behaupten, daß, wenn nicht ausgemacht sey, wie viel jeder socius aus der Gesellschaft erhalten solle, die Theilung nach den Köpfen gemacht werde, und einer so viel bekomme, als der Andere. Ihr Grund ist, weil Ulpian in der L. 29. pr. D. h. t. sagt: Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. Allein diese Art zu theilen wäre unbillig. Ulpian setzt entweder den Fall voraus, wo ein Gesellschafter so viel beygetragen hat, als der andere; oder partes *aequae* heißen bey ihm verhältnißmäßige Theile. *Thomasius* ad *Huber* l. c. *Noodt* ad Pand. tit. pro soc.

(4) Arg. L. 4. pr. D. de exerc. act. L. 9. C. si cert. pet.

(5) L. 44 §. 1. D. de Aedilit. edict. *Pufendorf* tom. 4. obs. 24.

(6) Arg. L. 28. et 52. §. 5. L. 63. §. 1. D. h. t. L. 13. C. si cert. pet.

(7) L. 28. D. pro soc. L. 4. §. 1. D. de exerc. act. L. 13. in f. D. de inst act.

(8) Arg L. 1. § f. L. 2. D. de exerc. act. Die meisten Rechtsgelehrten behaupten, daß, wenn auch ein Gesellschafter Vollmacht gehabt, und dieser Vollmacht zwar gemäß, aber doch in seinem eignen Namen, ohne die Gesellschaft zu nennen, contrahirt habe, die Societät nicht verpflichtet werde. *Lauterbach* colleg. tit. pro soc. §. 41. *Leyser* sp. 185. med. 1. Sie wollen dieß aus den L. 28. L. 67. pr. et §. 1. L. 82. pro soc. L. 7. de exerc. act. L. 55. de O. et A. L. 38. de V. O. L. 13. C. si cert. pet. (IV. 2.) beweisen. Allein keine dieser Stellen beweiset jene Meynung, wie schon ein alter, beynahe vergessener Autor, *Tessaurus* decis. 136. bey den meisten sehr gut gezeigt hat. Es ist auch gar nicht einzusehen, wie die Gesellschaft sich der Verbindlichkeit aus einem Contract, der von ihrer einem, seiner Vollmacht gemäß, geschlossen worden ist, blos aus dem Grunde entziehen will, weil der andere Contrahent nicht gewußt habe, daß er mit einer Societät contrahire.

§. 913. Von der Erwerbgesellschaft.

Die bisher vorgetragenen Regeln haben in allen Arten von Gesellschaften Statt. In der Gesellschaft aber, die des Erwerbes wegen eingegangen wird, ist noch folgendes zu bemerken: 1) Jedes Mitglied muß in derselben etwas beytragen. Wenn die Gesellschaft aus Freundschaft einen am Gewinn Theil nehmen läßt, der nichts, weder Güter noch Dienste beyträgt: so ist es eine Schenkung, und er ist kein wahrer socius. Auch die sogenannte societas leonina (*[1]) ist keine wahre Societät. Man versteht darunter eine Gesellschaft, wo der eine Gesellschafter allen Nutzen allein zieht, der andere allen Schaden allein trägt. Insgemein heißt es, die societas leonina sey verboten. Eigentlich sollte man aber folgende zwey Fälle unterscheiden. 1) Wenn eine Gesellschaft mit einem aus Freundschaft, um ihm eine Wohlthat zu erzeigen, den Vertrag schließt, daß er, im Fall sie Profit haben, denselben allein erhalten; im Fall aber, daß Verlust herauskommt, nicht daran Theil nehmen soll: so ist der Vertrag gültig; nur ist dieser Paciscent kein wirklicher Gesellschafter. 2) Lauft hingegen ein Betrug bey der Sache mit unter, das heißt, ein Gesellschafter hat die Einrichtung der Societät so gemacht, daß er allen Vortheil allein; der andere allen Schaden allein hat: so ist der Hintergangene an den Vertrag nicht gebunden.

2) Wenn die Frage entsteht, wie Gewinn und Schaden in dieser Societät zu vertheilen sind, so muß zuvörderst auf die Verträge Rücksicht genommen werden. Haben nemlich die Gesellschafter festgesetzt, wie viel jeder am Gewinn und Verlust participiren soll (si partes expressae); so bleibt es dabey (*[2]). Gesetzt auch, daß nach dem Vertrag ein Gesellschafter mehr vom Gewinn bekommen soll, als er nach Proportion seines Beytrages bekommen sollte; oder gesetzt, daß die Theilnehmung am Schaden anders bestimmt wäre, als am Gewinn; z. E. es wäre ausgemacht, A. soll ⅓ vom Schaden, hingegen ⅔ vom Erwerb haben; und B. soll ⅔ vom Schaden, aber nur ⅓ vom Ertrag übernehmen: so ist demungeachtet der Vertrag gültig (*[3]). Ist nichts ausgemacht, so richtet sich die Theilnehmung sowohl am Gewinn als Verlust nach den Beyträgen; z. E. der Gesellschafter A. hat 10000 fl., der andere B. 15000 fl. beygetragen, der zu theilende Gewinn ist 5000 fl. Hier heißt es: 25000 fl. haben 5000 fl. Vortheil zu theilen, wie viel bekommen 10000 fl.? Antwort 2000 fl. Wie viel bekommen 15000 fl.? Antwort 3000 fl.

(1) Der Name Löwengesellschaft ist aus der bekannten Phädrischen Fabel genommen, wo der Löwe mit andern Thieren in Gesellschaft auf die Jagd geht, den gejagten Hirsch in vier Theile zertheilt, und sich alle vier unter verschiedenen Titeln zueignet, also allen Nutzen der Gesellschaft allein behält. — Man vergleiche übrigens Weber von der natürl. Verbindl. §. 84.

(2) Wenn auch nur festgesetzt wäre, wie viel ein Gesellschafter vom Profit bekom-

men solle, so versteht sichs, daß er einen eben so großen Antheil vom Schaden tragen müsse. §. 3. I. h. t.

(3) Eine berühmte Stelle ist L. 30. D. pro soc. wo es heißt: Mucius lib. 17. scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat. Servius in notatis Mucii ait, nec posse (man kann es freylich nicht, denn es ist widersprechend) societatem ita contrahi; neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto, neque damnum, nisi omni lucro deducto. (Der Vertrag hat keinen Sinn, du sollst vom Gewinn ⅓ und vom Verlust ⅔ haben; denn wenn die Gesellschaft Gewinn hat, so hat sie keinen Verlust, und umgekehrt, Gewinn ist nicht vorhanden, als wenn nach Abzug des Schadens noch Vortheil übrig bleibt; und Verlust ist erst alsdann da, wenn nach Abzug des Vortheils noch Schaden übrig ist.) Sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit, omni damno deducto, pars alia feratur; et eius damni quod similiter relinquatur, pars alia capiatur. (Wenn die Gesellschaft einen Gewinn macht, sollst du davon ⅓ *haben*, wenn sie hingegen Verlust hat, sollst du davon ⅔ tragen.) Die Florentinische Leseart des Gesetzes ist also richtig, und bedarf keiner Verbesserung. Ob übrigens Mucius den Satz, welchen Servius in den Worten: sed potest coiri etc vorträgt, geläugnet habe, oder nicht, lasse ich dahin gestellt seyn. Jenes behaupten die Verfasser der Institutionen §. 2. I. h. t. dieses, mit Andern, *Püttmann* interpr. et observ. cap. 18. Man s. auch *Koehler* interpret. et emendat. lib. 1. cap. 5.

§. 914. Wie wird die Gesellschaft geendigt?

Die Gesellschaft wird geendigt, 1) wenn ein socius stirbt, oder den bürgerlichen Tod, das ist, die größte oder mittlere Capitis Deminution leidet. Merkwürdig ist, daß die Gesellschaft durch den Tod eines Mitgliedes nicht nur alsdann geendigt wird, wenn sie aus zwey Mitgliedern, sondern auch, in dem Fall, wenn sie aus mehrern, aus zehen, hunderten u. s. w. besteht, und einer davon stirbt. Der Grund ist: gerade der mit Tod abgegangene socius, seine Geschicklichkeit, seine Ehrlichkeit kann mich bewogen haben, in die Gesellschaft zu treten. Auf die Erben geht also die Societät nicht.

In der Anmerkung wird dieses weiter erläutert: a) wenn man behauptet, daß die Societät selbst nicht auf die Erben geht: so muß man daraus nicht schließen, daß die Verbindlichkeit aus diesem Contracte nicht auf die Erben übergehe. Die Societät geht nicht auf die Erben, das heißt, der Erbe eines verstorbenen socii kann nicht gezwungen werden, in der Societät zu bleiben; hingegen die Verbindlichkeit aus der Societät geht auf die Erben, das ist, die Erben des socii müssen über die Facta ihres Erblassers Rede und Antwort geben. b) Eine Ausnahme ist in der societate vectigalium. Die Römer verpachteten ihre öffentlichen Einkünfte an große Gesellschaften, diese hießen societates vectigalium. Wenn einer in diesen Gesellschaften abgieng, so mußten seine Erben die Gesellschaft fortsetzen. c) Wenn ein socius stirbt, und die andern in Gesellschaft bleiben wollen, so ist es ihnen unverwehrt;

aber es ist eigentlich die alte Gesellschaft nicht mehr, sondern eine neue. Auch können die socii mit einander ausmachen, daß, wenn einer von ihnen sterben würde, die Gesellschaft unter den übrigen fortdauern solle (*1).

Die Gesellschaft hört 2) auf, wenn alle socii in die Aufhebung willigen. Wenn aber auch nur Einer will, so können ihn die Andern nicht davon abhalten. Dieß ist sonderbar, denn die Societät ist ein Bilateralcontract; ein solcher Contract aber kann sonst nicht anders, als mit Einwilligung der sämtlichen Interessenten aufgehoben werden. Die Ursache, warum die Gesetze in der Societät eine Ausnahme gemacht haben, ist ihr Haß gegen die Gemeinschaft. Sie ist eine Mutter vieler Streitigkeiten. Die Gesetzgeber halten es daher nicht für rathsam, einen gegen seinen Willen in einer Societät zu behalten. Wenn sogar ausgemacht wäre, daß kein socius ohne den Willen der andern die Gesellschaft verlassen solle: so kann doch jeder, sobald es ihm gefällt, herausgehen (renunciare potest societatem). Die Absicht, die Societät zu verlassen, kann übrigens ein socius sowohl stillschweigend als ausdrücklich erklären; stillschweigend, wenn er z. B. sich der gesellschaftlichen Geschäfte nicht mehr annimmt; den Ort verläßt, wo die Societät ihr Comtoir hat, und wo er als socius nothwendig seyn müßte; seine schuldigen Beyträge nicht mehr bezahlt rc.

Indessen, wenn ein socius aus der Gesellschaft treten will, so muß er a) nicht abwesend seyn. Wenn ein abwesender socius die Gesellschaft verläßt, so ist die Regel: ehe die Gesellschaft Nachricht von seiner Aufkündigung erhält, muß der abgegangene socius allen Schaden tragen helfen, den die Gesellschaft erleidet, hingegen am Profit nimmt er keinen Antheil mehr. Und wenn er für sich einen Profit macht, so muß er ihn mit den übrigen sociis theilen, wenn er aber Schaden leidet, ihn allein tragen (*2). S. die 60 Tabelle. b) Die Aufkündigung muß nicht aus betrüglichen Absichten geschehen; in der Absicht nemlich, einen vortheilhaften Handel allein zu schließen, und die andern Gesellschafter an dem Profit keinen Theil nehmen zu lassen. Liegen solche Absichten zum Grunde, so ist der abgegangene Gesellschafter schuldig, den Profit, welchen er bey dem Handel macht, mit den übrigen zu theilen (*3), täuscht ihn hingegen seine Hoffnung, und er leidet Schaden bey dem Handel, so muß er ihn allein tragen. Man druckt dieses gewöhnlich aus: renunciatio fraudulenta liberat socios a renunciante; non liberat renunciantem a sociis. c) Nicht zur Unzeit, das heißt, a) nicht in einem Zeitpunkt, wo die Societät ohne Schaden nicht aufgehoben werden kann, weil z. B. die Societätswaaren nicht in billigen Preisen angebracht werden können; b) nicht vor der im Contract bestimmten Zeit, wo nicht eine neue Ursache eintritt (*4).

(1) §. 5. h. t. ibique *Vinn.*
(2) *Laur. Andr. Hamberger* diss. de renunciatione societatis absenti facta, in opusc. pag. 277. sqq.
(3) Also diesen Profit muß er theilen, einen noch ausserdem gemachten nicht. §. 4. I. h. t.
(4) L. 14. L. 15. L. 16. D. h. t.

§. 915. Fortsetzung.

Die Societät hört 3) auf, wenn das Geschäft geendigt ist, um dessen willen man sie geschlossen hatte. Z. B. mehrere Personen übernehmen in Gesellschaft eine Fouragelieferung. Wenn diese geschehen ist, so hat die Gesellschaft ein Ende. 4) Wenn die Zeit verflossen ist, auf welche sie eingegangen war. 5) Wenn die Gesellschaft banquerout wird, und *bonis* cediret, das heißt, ihre Casse, ihr ganzes Vermögen den Gläubigern an Zahlungsstatt hingiebt; oder wenn die Societätsgüter confiscirt werden, weil z. E. die Gesellschaft mit Contrebandwaaren gehandelt hat (*1). 6) Wenn der Gegenstand der Gesellschaft zu Grunde geht, z. E. wenn das Pferd, das ich mit einem in Gemeinschaft hielt, crepiret.

(1) Auch wenn nur einer von den Gesellschaftern bonis cediret; §. 8. h. t. vorausgesetzt, daß er Güter in die Societät gegeben, und nicht blos Dienste geleistet hat. *Vinn.* ad d. 8.

§. 916. Von der actione pro socio.

Aus dem Societätscontract entsteht die actio *pro socio*, Gesellschafts-Klage. Sie ist *utrinque directa*, das heißt, sie ist allemal directa, es mag sie nun anstellen, welcher Gesellschafter wolle. Meistens kommt es erst zu dieser Klage, wenn die Gesellschaft geendigt ist; doch hat sie auch während der Gesellschaft Statt. Sie wird angestellt von einem Mitglied der Gesellschaft gegen die Andern oder deren Erben, daß sie die versprochenen Beyträge zur Gesellschaftscasse thun, oder die versprochenen Dienste leisten, über die geführte Administration der Gesellschaftsgüter Rechnung ablegen, den Gewinn zur Theilung bringen, ihr Antheil am erlittenen Verlust tragen, und den durch Vorsatz oder culpam levem in concreto zugefügten Schaden ersetzen sollen.

§. 917. Fortsetzung.

Diese Klage geht also nur auf *praestationes personales*, das heißt, dahin, daß der Gesellschafter die Pflichten erfüllen soll, die er als Gesellschafter übernommen hat. Wenn man aus der Societät gehen will, und verlangt, daß die Societätsgüter getheilt werden sollen: so muß man nicht actionem pro socio, sondern actionem communi dividundo anstellen. Denn wer die Theilung der gemeinschaftlichen Güter verlangt, der gründet sich auf sein Eigenthumsrecht, also auf ein ius in re. Die Gesellschaftsklage aber ist eine persönliche Klage (*1).

(1) *Vinn.* sel. quaest. lib. 1. cap. 36.

TIT. XXVII.

DE MANDATO.

§. 918. Was ist das mandatum?

Das *mandatum*, im Deutschen Bevollmächtigung, Auftrag, Commission, ist der letzte Consensualcontract. Es ist ein Contract, wodurch sich Jemand verpflichtet, ein ihm übertragenes erlaubtes Geschäft eines Andern ohne Lohn zu verrichten. Wer das Geschäft verrichtet, heißt *mandatarius*, oder *procurator* (*1), der Bevollmächtigte; der, in dessen Namen es geschieht, *mandans*, *mandator*, der Principal. Gattungen der Bevollmächtigten sind die Schiffsmeister, *magistri navis*, und die Factore, *institores*. Unten im 7. Titel des 4. Buchs werden sie näher beschrieben werden.

(1) Indessen hat doch das Wort procurator eine etwas eingeschränktere Bedeutung als mandatarius. *Vinn.* quaest. sel. lib. 1. cap. 52.

§. 919. Dessen Unterschied von andern Contracten.

Die Bevollmächtigung ist also 1) von der negotiorum gestione verschieden. Denn die Bevollmächtigung ist ein wahrer Contract; die negotiorum gestio, ein sogenannter Quasicontract (§. 933.). Im mandato erkläre ich, daß ich mein Geschäft will vom Andern verrichten lassen. Bey der negotiorum gestione aber versieht Jemand mein Geschäft, ohne dazu Auftrag von mir zu haben. 2) Von dem Miethcontract. Wenn mir nemlich Jemand seine Dienste vermiethet, so läßt er sich dafür einen Lohn versprechen; der mandatarius hingegen verrichtet das Geschäft ohne Lohn. 3) Vom Rath. Wer einem Andern einen Rath giebt, ist kein mandans, und wer den Rath empfängt, kein mandatarius. Das mandatum gebe ich zu meinem, oder zu meinem und des Bevollmächtigten, oder zu eines Dritten Vortheil (*2), den Rath hingegen zum Nutzen dessen, der ihn anfängt. Ferner, wer den Rath empfängt, ist nicht schuldig, ihn zu befolgen, der mandatarius aber ist schuldig, das übernommene Geschäft zu besorgen, oder wenigstens in Zeiten zu erklären, daß er es nicht besorgen wolle. Auch ist der mandans verbunden, den mandatarium zu entschädigen, wenn er bey dem Auftrag Schaden leidet. Der Rathgeber hingegen ist nicht schuldig, für den üblen Ausgang seines Rathes zu haften; ausser a) wenn er ihn in der boshaften Absicht zu schaden gegeben hat (denn nun hat actio doli Statt); oder b) auf seine Gefahr, das heißt, dabey erklärt hat, er wolle für die gute Wirkung stehen, und für allen Schaden gut seyn. c) Wenn er sich für einen Kunstverständigen ausgiebt, und der Rath unvernünftig ist. Z. E. wenn ein Pferdearzt mir Pferdearzneyen vorschlägt, die so offenbar schädlich sind, daß meine Pferde crepi-

ren (*2). 4) Von der **Empfehlung.** Ich empfehle Einem etwas, wenn ich Einem die gute Eigenschaft einer Person oder Sache rühme, in der Absicht ihn zu bewegen, daß er mit dieser Person oder über diese Sache einen Vertrag schließe, oder der Person Gefälligkeiten erzeige. Diese ist von dem mandato ebenfalls unterschieden. Der, welchem etwas empfohlen wird, ist nicht schuldig, der Empfehlung zu folgen, und der Empfehlende ist nicht verpflichtet, für den Ausgang zu haften, wenn er entweder a) nicht vorsetzlich und wissentlich etwas schlechtes empfohlen, oder b) sich verbindlich gemacht hat, für allen Schaden zu stehen; oder c) ein Kaufmann dem andern einen Menschen empfiehlt, um ihm Credit zu machen (*3). Denn unter den Kaufleuten ist es eingeführt, daß der Empfehlende in diesem Fall als Bürge für den Empfohlenen haftet (*4). 5) **Vom Befehl.** Denn dieser ergeht an solche Personen, die in meiner Gewalt sind, an meine Kinder oder Sklaven. Das mandatum hingegen ergeht an solche Personen, die mir nicht unterworfen sind.

(1) Cajus L. 2. D. mand. und Justinian §. 1. sqq. I. h. t. sagen, es giebt fünf Gattungen des mandati, 1) in gratiam mandantis solius, 2) in gratiam mandantis et mandatarii, 3) in gratiam tertii, oder aliena causa, 4) mandantis et tertii causa, 5) mandatarii et tertii causa, und erläutert jeden Fall mit Beyspielen. Si tua (mandatarii) tantum gratia intervenit mandatum, setzen sie fort, magis consilium quam mandatum est. Also sie läugnen doch nicht ganz, daß es ein mandatum heißen könne, und die classischen Juristen sehen es wirklich als ein mandatum an. So sagt z. B. Julian in der L. 32. D. h. t. wenn er einem zugeredet habe, eine Erbschaft anzutreten, *mit der Versicherung, daß ich ihm für den Schaden stehen wolle, so könne er mich* actione mandati belangen. Gleichwohl habe ich ihm keinen **Auftrag**, *sondern* nur einen **Rath** ertheilt. Auch Ulpian L. 6. §. 5. eod. sagt: *wenn ich einem* ein mandatum gäbe, so hätte, ob mir gleich an dessen Erfüllung nichts gelegen sey, actio mandati gegen mich Statt.

(2) *Lauterbach* diss. de consiliis eorumque iure. Cramers N. St. 45. Theil, 3. Stück. *Müller* ad *Leyser* obs. 377.

(3) Bin ich in jedem Fall, wenn ich einem Andern etwas rathe oder empfehle, den Schaden, der ihm aus meinem Rath oder meiner Empfehlung entsteht, zu ersetzen schuldig, sobald er erweisen kann (welcher Beweis dann freylich äußerst schwer ist, *B. Faber* rational. ad L. 6. §. 5. mandat.), daß er ohne diesen Rath, ohne diese Empfehlung die Sache nicht gethan haben würde? Viele bejahen dies, wenigstens alsdann, wenn der Rath oder die Empfehlung speciell gewesen sey; z. B. ich rathe dir, diesem Menschen Geld zu borgen, diesen Kauf zu schließen. Man s. *Vinn.* ad §. 6. h. t. n. 4. *Harpprecht* ibid. n. 4. *Coccell* iur. controv. tit. mandat. Qu. 8. *Stryk* us. mod. eod. tit. §. 10. *Casp. Achat. Beck* diss. de eo q. i. e. circa commendationem cap. 2. §. 25. Ich kann mich aber davon nicht überzeugen. Wahr ist, daß Ulpian L. 6. §. 5. D. mand. sagt: plane si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit aut (oder wie Haloander liest, at) si non esses facturus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit

mandati

mandati actio (über welche Stelle die Lesart *Marckart* probabil. p. 87. und Opusc. iurid. ex miscellan. Observat. Belg. ed. *Püttmann*. p. 81. nachgesehen werden können). Allein da man bey jeder Handlung auf die Absicht des Handelnden sehen muß, und zuverläßig einer, welcher etwas anräth oder empfiehlt, im Zweifel die Absicht nicht hat, sich verpflichten zu wollen: so muß man Ulpians Worte auf den Fall einschränken, wo jene Absicht, sich verbindlich zu machen, erklärt worden ist. *Noodt* Probabil. lib. 4. cap. 12. et ad Pand. tit. mand. p. m. 372. ist gleicher Meynung, daß nemlich der Rath und die Empfehlung blos aus dem Grunde, weil der Andere dadurch allein bewogen worden ist, etwas zu thun, nicht verpflichte. Allein seine Erklärung der L. 6. läßt sich nicht vertheidigen, wie *Voet*. ad Pand. eod. tit. §. 4. zeigt. Von Practikern sind auf unsrer Seite: *Hunn*. resolut. p. 874. sqq. *Mev*. P. 8. D. 120. *Lauterbach* colleg. tit. mandat. §. 17. *Berger* resolut. LL. obst. eod. tit. Qu. 1. *Leyser* sp. 182. med. 2. Cramer N. St. 41. Th. 93. rc. Seite. Freylich wenn man eine speciale Empfehlung nur die nennet, bey welcher der Empfehlende mit Worten und Werken zu erkennen giebt, daß er sich verpflichten wolle, so hat die Sache keinen Zweifel. *Müller* ad *Leyser* l. c. — Noch einen Beytrag zur Erläuterung der L. 6. §. 5. D. Mandati hat Thibaut in den angef. Vers. 1. 8. geliefert. Er führt die verschiedenen Meynungen Anderer näher an. Seine eigne geht in der Hauptsache dahin, daß der Rathgeber oder der Empfehlende nur dann eigentlich zu haften schuldig sey, 1) wenn er sich dazu verpflichtet, und 2) der Rath oder die Empfehlung den Hauptbewegungsgrund zum Handeln gegeben hätten, mithin dieses ohne den ertheilten Rath nicht geschehen seyn würde; daß aber beydes nothwendig zusammentreffen müsse, um den Regreß zu begründen. W.

(4) *Finkelthaus* obs. 16. n. 7. *Marckard* de iure mercator. p. 2. cap. 11. n. 69. *Stryk* us. mod. tit. mandat. §. 10. *Wernher* tom. I. part. I. obs. 167. Es will zwar *Wernher* ad *Boehmer* tit. mandat. §. 11. diesen Satz wegen Ermangelung eines Gesetzes nicht gelten lassen; allein die unter Kaufleuten übliche Gewohnheit vertritt die Stelle eines geschriebenen Gesetzes. — Gegen dergleichen vermeynte Gewohnheiten läßt sich aber immer viel einwenden. Es wäre zu wünschen, daß *I. Pavenstedt* conspectus dissert. de mandato consilii, sive de commendationibus inter mercatores usitatis. Goett. 1800. vollständig ausgeführt würde. Man s. übrigens das Lübeckische Recht III. 10. 1. J. L. Stein Abhandl. des Lüb. R. 3. Th. §. 213. rc. W.

§. 920. Erste Eintheilung des mandati.

Das mandatum kann ausdrücklich, es kann auch stillschweigend ertheilt werden. Das ausdrückliche wird entweder mündlich oder schriftlich, oder durch einen Boten ertheilt. Stillschweigend bevollmächtige ich Einen, wenn ich erlaube, daß er in meiner Gegenwart mein Geschäft verrichtet. Z. E. wenn ich mit Einem auf die Messe gehe, und weil ich weiß, daß er eine Uhr kaufen will, in seiner Gegenwart mit einem Uhrenhändler einen Handel schließe. Es giebt auch mandata *praesumta*. So können z. E. Eltern für Kinder, Kinder für Eltern, Brüder für Brüder oder Schwestern vermöge einer präsumtiven Vollmacht im Gericht auftreten und handeln (*1).

(1) L. 35. D. de procurat.

§. 921. Zweyte Eintheilung.

Wenn das mandatum auf ein einzelnes Geschäft gerichtet ist, so heißt es *speciale*. Gebe ich hingegen eine Vollmacht, alle meine Geschäfte zu besorgen, weil ich z. E. eine lange Reise antreten will, oder durch eine langwierige Krankheit ausser Stand gesetzt bin, meinen Sachen selbst vorzustehen: so ist es *mandatum generale*. Sind die Geschäfte im Gericht zu verrichten, so heißt es *mandatum iudiciale* (ratione *obiecti*); sind es hingegen aussergerichtliche Geschäfte, so ist es *mandatum extraiudiciale*. Ein gerichtliches mandatum hat z. E. ein Anwalt, der in meinem Namen im Gericht erscheint, und meinen Proceß führt; einen aussergerichtlichen Auftrag hat Einer, den ich auf den Markt schicke, um mir Pferde zu kaufen.

§. 922. Dritte Eintheilung.

Das mandatum wird aber auch in Ansehung der Art, es anzustellen, in das gerichtliche und aussergerichtliche eingetheilt. Nemlich, wenn ich vor der Obrigkeit erkläre, daß ich diesen Menschen zu meinem Bevollmächtigten ernannt haben wolle: so ist es *mandatum iudiciale* (*ratione modi*). Erkläre ich dieß privatim, mündlich oder schriftlich; so gebe ich eine aussergerichtliche Vollmacht, *mandatum extraiudiciale* (*ratione modi*). Das mandatum ist ferner entweder *purum*, oder *in diem dilatum*, oder *conditionatum*. Wenn Jemand nur eine gewisse Zeitlang meine Geschäfte besorgen soll, so hat er ein mandatum in diem dilatum. Bekommt er nur unter einer gewissen Bedingung Vollmacht, so heißt sie mandatum conditionatum; purum endlich, wenn weder Zeit, noch Bedingung beygefügt sind.

§. 923. Vierte Eintheilung.

Das mandatum ist entweder *in rem suam* oder *alienam*; das letzte ist das gewöhnlichste. Wenn ich Einem Vollmacht gebe, daß er meine Geschäfte zu meinem Nutzen besorgen soll: so ist er mandatarius in rem alienam. Hingegen wenn Jemand ein fremdes Geschäft, aber zu seinem eigenen Vortheil besorgt; das heißt, wenn er eine Forderung in meinem Namen einklagt, die ich ihm doch gänzlich abgetreten habe, so heißt er mandatarius oder procurator in rem suam. Bey den Römern war dieses mandatum gewöhnlicher, als bey uns. Nemlich nach dem alten Römischen Recht konnte einer eine Forderung, die ich ihm abtrat, nicht in seinem eigenen Namen einklagen; er mußte es als mein Bevollmächtigter in meinem Namen thun (§. 992.). Da aber in den neuen Gesetzen diese Regel aufgehoben, wenigstens unnütz gemacht worden ist: so ist auch das mandatum in rem suam fast gänzlich abgekommen. Ich sage fast gänzlich; denn zuweilen kommt es doch noch vor, wenn nemlich Jemand sich eine Schuld cediren läßt, und nicht will, daß die Cession bekannt werden soll, wozu er mancherley Ursachen haben kann. Klagt

er sie in diesem Fall als Bevollmächtigter des Cedenten ein, so ist er mandatarius in rem suam.

§. 924. Fünfte Eintheilung.

Die letzte Eintheilung des mandati ist in *simplex* und *qualificatum*. Simplex heißt es, wenn Jemand meine Geschäfte zu meinem Besten besorgt; qualificatum hingegen, wenn ich einem auftrage, etwas zum Besten eines Dritten, aber auf meine Gefahr zu thun; deutlicher: wenn ich einen ersuche, einem Dritten etwas zu borgen, und erkläre, daß ich für die Schuld haften wolle. Z. E. ich ersuche einen Kaufmann, meinem auf der Akademie studierenden Verwandten Conto zu geben, und verspreche, die Zahlung zu leisten. Wer ein solches mandatum giebt, ist als ein Bürge anzusehen (§. 835.) (*1).

(1) Er heißt in eigentlichem und strengerm Verstande *mandator*, denn zuweilen wird auch jeder, der einen Auftrag giebt, so genannt. *Brissonius* de verb. signif. voc. *mandator*.

§. 925. Erfordernisse dieses Contractes, und Verbindlichkeiten der beyden Theile.

Aus dem Begriff der Bevollmächtigung fließt, 1) daß dieser Contract nichts als die Einwilligung beyder Theile erfordere, denn er ist ein Consensualcontract. Diese Einwilligung muß übrigens nicht nothwendig vor angefangenem Geschäft ertheilt werden. Wenn nemlich Jemand meine Geschäfte besorgt, so sind drey Fälle möglich. Der erste: ich gebe meine Einwilligung dazu: noch ehe er die Geschäfte unternimmt. Hier es ist ohne Zweifel ein contractus mandati. Der zweyte Fall: Jemand fängt mein Geschäft ohne Auftrag zu besorgen an, und ich gebe meine Einwilligung, ehe es vollendet ist. Auch hier ist ein mandatum vorhanden, das heißt, ich muß das, was schon geschehen ist, eben so gut anerkennen und gelten lassen, als wenn ich zum voraus Auftrag dazu ertheilt hätte. Der dritte: Jemand hat das Geschäft ohne Auftrag nicht nur angefangen, sondern auch zu Ende gebracht, und ich consentire nun erst. Jetzt ist kein mandatum, sondern eine negotiorum gestio vorhanden.

2) Das mandatum setzt ein erlaubtes und ehrbares Geschäft voraus, quod non contra bonos mores est, wie Justinian sagt (*1). Wenn ich einem auftrage, etwas unerlaubtes zu thun, z. E. Jemand zu bestehlen, zu injuriiren rc.: so entsteht auf seiner Seite keine Verbindlichkeit, den Auftrag zu befolgen, und auf meiner Seite keine, ihn zu entschädigen, wenn er bey oder durch die Befolgung des Auftrages Schaden leidet, z. E. gestraft wird. Der Fall trägt sich nicht selten in Prozessen zu, wenn Jemand seinem Advocaten aufträgt, auf den Gegentheil zu schimpfen.

3) Das mandatum wird der Regel nach unentgeltlich, das heißt, dergestalt übernommen, daß der Mandatar kein vollkommenes Recht hat, etwas

für seine Bemühung zu fordern. Indessen erlaubt doch das Römische Recht, in dem Mandatscontract ein honorarium zu versprechen, eine Belohnung, die nicht sowohl ein Aequivalent für die Dienste des Bevollmächtigten, als ein Zeichen der Dankbarkeit des Principals ist (*2). Ja, wenn man dem Mandatar nichts versprochen hat, er aber ein Mann ist, der mit solchen Commissionen seinen Unterhalt sucht: so kann er ein honorarium fordern (*3). Ausser Zweifel ist endlich, daß, wenn der Principal nach geendigtem Geschäft freywillig ein *honorarium* giebt, dadurch die Natur des Mandatcontractes nicht geändert werde.

4) Der Bevollmächtigte muß in den Gränzen seines Auftrages bleiben; wenn er diese überschreitet, so ist seine Handlung in Ansehung des Principals nichtig; der Principal ist nicht verbunden, sie in soweit als die Grenzen überschritten sind (quoad excessum), zu genehmigen, und als sein eigenes *Factum gelten* zu lassen. Allein der Bevollmächtigte ist verbunden, sowohl dem Principal, als dem Dritten, mit welchem er contrahiret hat, das Interesse zu leisten; z. E. allen Schaden zu ersetzen, den sie durch die Ueberschreitung der Vollmachtsgrenzen leiden (*4). Hat hingegen der Bevollmächtigte das Geschäft seinem Auftrage gemäß ausgerichtet, so muß es der Principal ratihabiren, d. i. alle Handlungen als die seinigen gelten lassen, die der Bevollmächtigte in dem Geschäfte gethan hat.

(1) §. 7. I. h. t. Wenn auch das, was einem aufgetragen wird, kein Verbrechen, aber doch gegen die guten Sitten ist, so hat er die Rechte eines Mandatars nicht. In der L. 12. §. 11. D. h. t. wird das Beyspiel angeführt, wenn ein liederlicher Jüngling einem aufträgt, für eine Hure Bürgschaft zu leisten.

(2) L. 6. L. 7. D. h. t. L. 25. §. 11. D. de hered. pet.

(3) Strube rechtl. Bed. 4. Th. 449. Seite.

(4) Sabinus und Cassius behaupteten, der Mandatar, welcher die Grenzen seiner Commission überschreite, habe gar keine Klage. Wenn ich einem z. B. auftrüge, eine Sache für 100 Thlr. zu kaufen, und er gäbe 120 dafür, so könne er mich auch nicht einmal auf 100 belangen. Nerva hingegen und Proculus waren der Meynung, daß die Klage auf 100 Thlr. allerdings Statt finde, und diese drang durch. L. 3. §. ult. L. 4. L. 33. D. mandat. §. 8. I. h. t. ibiq. *Costa*, *Vinn* et *Hein*. Nur fragt es sich, wenn die gekaufte Sache wirklich 120 Thlr. werth ist, kann der Mandatar die 20 Thlr. nicht actione negotiorum gestorum contraria einklagen? Nein. *Vinn*. l. c. n. 5. Nur das Retentionsrecht kann er ausüben, so lange bis der mandans die 120 Thlr. bezahlt. Will dieser aber so viel nicht geben, und der Mandatar will die 20 nicht nachlassen, so kann der mandans auf das interesse klagen. *Struv*. Ex. 22. th. 12.

§. 926. Fortsetzung.

Da der Principal ein vorzügliches Zutrauen auf den Bevollmächtigten setzt (§. 750.) (denn man giebt der Regel nach nur demjenigen eine Commission, den man für vorzüglich geschickt zur Ausführung, und dabey für ehrlich hält); so folgt, 5) daß der mandatarius der Regel nach das Geschäft selbst verrichten

muß, und es keinem Andern übertragen darf. Substituirt er indessen einen Andern, und der Substitut verrichtet das Geschäft auf die gehörige Art, so muß es der mandans gelten lassen (*).

6) Aus gleichem Grunde wird der Mandatar ehrlos, wenn er sich eines Betrugs gegen den Mandanten schuldig macht. Dieß ist gewiß, weniger aber: ob auch der Mandant wegen eines Betrugs gegen den Mandatar infam werde? Denn Ulpian sagt (*1): contrario iudicio damnatus non erit infamis. Nun wird aber der Mandant actione mandati contraria belangt. Allein auf der andern Seite behauptet doch Ulpian kurz vorher ausdrücklich, daß auch der Mandant wegen eines Betrugs mit der Strafe der Ehrlosigkeit belegt werde, und dieß ist der Natur der Sache auch gemäß, wenn der Mandatar aus bloßer Freundschaft und im Vertrauen auf des Mandanten Ehrlichkeit den Auftrag übernommen hat. Ausserdem aber sehe ich freylich keinen Grund dazu (*2).

7) Welcher Grad des Versehens wird in dem Mandatscontract geleistet? Ich halte dafür, daß der Regel nach der Mandatar culpam levem, der mandans hingegen levissimam zu leisten habe. Wenn ich einem ein Geschäft übertrage, so setze ich voraus, und verlange, daß er es mit dem gehörigen Fleiße, wie ein ordentlicher Mann, nicht nachläßig thun soll. Erfordert das Geschäft seiner Natur nach eine sehr große Aufmerksamkeit, so muß der Mandatar auch diese darauf wenden, folglich culpam levissimam prästiren. Der mandans zieht allen Vortheil aus dem Contract, indem der Mandatar der Regel nach das Geschäft unentgeltlich besorgt. Er leistet daher culpam levissimam. Hat er dem Mandatar ein honorarium versprochen, so leistet er nur culpam levem (*3).

(*) In aussergerichtlichen Angelegenheiten ist der Mandatar der Regel nach zur Substitution eines andern berechtigt. L. 8. §. 3. D. h. t. c. ult. X. de procurat. in 6to. (I. 19.) Thibaut Vers. üb. die Theor. d. R. II. 6. gegen *Emminghaus* in not. ad *Coccei* ius controv. h. t. qu. 3. Von gerichtl. Procuratoren s. §. 1178. W.

(1) L. 6. § ult. D. de his qui not. infam.

(2) Eine höchst paradoxe Meynung vertheidigt *Coccei* iur. controv. tit. de his qui not. infam. Qu 5. daß nemlich der Mandatar auch wegen einer culpae levissimae ehrlos werde.

(3) Die Frage, welchen Grad von culpa der Mandatar zu leisten habe, ist sehr bestritten. Die meisten Rechtslehrer sagen levissimam. *Vinn.* sel. quaest. lib. 1. cap. 52. *Brousteau* ad L. 23. de R. I. in *Meermann.* thesaur. tom. 3. p. 5 o. sqq. *Coccei* iur. contr. h. t. Qu. 13. *Leyser* sp. 179. m. 2. ibique *Muller.* *Walch* controv. p 650. edit III. hingegen *Ludovici* doctrin. pand. h. t. §. 6. *Boehmer* introd. in ius dig. eod tit §. 19. behaupten: levem. *Zoes.* ad pand. h. t. n. 15. *Schilter* Ex. 28. th 88. Colleg. Argentor h. t. th. 24. *Pagenstecher* ad *Lauterbach.* manip. 1. p. 61. *Wieling* ad *Briwold* opusc. pag 581. wollen nur culpam latam prästirt wissen. Noch Andere, z. B. *Brunnemann* ad L. 13 C. h. t. *Casp. Achat. Beck* posit. ex iur. civ. spec. 3. posit. 2. *Schierschmidt* diss. de



imputatione culpae circa contract. emphyteus. societ. et mandat. §. 37 seqq. behaupten, daß man auf die verschiedene Art des Geschäfts sehen müsse; in der nähern Bestimmung aber gehen sie wieder von einander ab. *Otto* ad §. 11. I. h. t. verlangt vom Mandatar nur, daß er den bey seinen Geschäften gewöhnlichen Fleiß anwende; ausser wenn er ein honorarium bekomme, oder den Auftrag als Kunstverständiger erhalten habe, in welchen Fällen er culpam levissimam leisten müsse. Der Grund, warum ich dafür halte, daß der Mandatar in der Regel culpam levem prästire, ist im §. angegeben. Die, welche culpam levissimam von ihm geleistet wissen wollen, berufen sich vorzüglich auf L. 13. C. h. t. (IV. 35.) Da es aber offenbar ist, daß die Römischen Juristen und Gesetzgeber in der Lehre von der culpa gar keine feste und bestimmte Terminologie haben (§. 757.); so lege ich auf die Argumente, die man aus dieser oder jener Gesetzstelle in dieser Materie herholt, kein Gewicht: Die Natur der Sache, die Rechtsanalogie und die Billigkeit müssen vielmehr entscheiden. Warum soll der Mandatar culpam levissimam leisten, *wenn er* aus Freundschaft unentgeltlich mir einen Dienst thut? Der Depositar haftet nur wegen eines groben Vergehens, der Vormund nur wegen eines mittelmäßigen; aus welchem Grunde soll der Mandatar für das mindeste Versehen stehen? Niemand wird eine Commission übernehmen, wenn er so hart gehalten werden soll, wie *Brunnemann* ad L. 10. D. h. t. ganz richtig bemerkt. Damit ist es nicht ausgemacht, daß man sagt, der Mandatar hätte sich von der Sache lassen können; denn dieß kann man auch vom Depositar sagen, der doch unstreitig nur latam culpam prästiret, und von jedem Contrahenten.

§. 927. Wie die Bevollmächtigung aufhöre?

Der Mandatscontract hört 1) durch die beyderseitige Einwilligung auf, wenn der Principal seine Geschäfte nicht länger durch den Mandatar besorgen lassen will, und dieser damit zufrieden ist. Aber auch 2) alsdann, wenn nur der Principal erklärt, daß er seinen Auftrag zurücknehme (si *revocat* mandatum), obgleich der Mandatar damit nicht zufrieden ist, und das Geschäft gern besorgte; oder wenn 3) der Mandatar declarirt, daß er den übernommenen Auftrag nicht besorgen wolle (si *renunciat* mandato), obgleich der Principal darein nicht willigt: hat das mandatum ein Ende.

Man bemerke hierbey: a) das mandatum ist ein Bilateralcontract, und diese können sonst nicht anders, als mit beyder Theile Einwilligung aufgehoben werden. Es scheint also dieß bey dem mandato etwas besonders, daß ein Theil ohne des andern Einwilligung davon abgehen kann. Der Grund, warum der mandans die Vollmacht zurücknehmen kann, ist: in der Ertheilung einer Vollmacht liegt an sich und nothwendiger Weise kein Versprechen, daß ich das Geschäft schlechterdings durch diesen, und keinen andern Bevollmächtigten wolle besorgen lassen; sondern nur das Versprechen, daß ich das, was der Bevollmächtigte thut, genehmigen und ihn entschädigen will. Dazu kommt, daß wer ein fremdes Geschäft unentgeltlich besorgt, sich nicht beschweren kann, wenn man ihn dieser Mühe überheben will (*²). Daß aber auch der Bevollmächtigte

aufkündigen kann, davon liegt der Grund wohl darin: er übernimmt gewöhnlich den Auftrag blos aus Freundschaft, und die Gesetzgeber halten es für hart, einen zur Erfüllung eines solchen Versprechens zu zwingen. Sie nehmen daher an, daß wer einen Auftrag als Mandatar übernimmt, sich nur alternativisch verpflichten wolle, entweder das Geschäft zu thun, oder in Zeiten zu renunciiren. b) Wenn der mandans das mandatum revociren will, so muß er es zur gehörigen Zeit, *re integra*, thun, das heißt, ehe sich der mandatarius so weit in das Geschäft eingelassen hat, daß es ihm unmöglich ist, wieder zurück zu gehen; thut er es nicht re integra, so muß er für allen Schaden stehen (*[2]). c) Auch der Mandatar, welcher dem mandato renunciiren will, muß es in Zeiten (*tempestive*) thun, das ist, zu einer Zeit, da der Principal das Geschäft noch in eigner Person verrichten, oder noch einen andern Bevollmächtigten finden kann, der es eben so gut als der erste zu besorgen im Stande ist. Geschieht diese Renunciation nicht in Zeiten, so kann zwar der Mandatar nicht gezwungen werden, den Auftrag zu erfüllen; auf das interesse aber kann man ihn belangen.

Endlich 4. hört das mandatum durch das Absterben, sowohl des Principals als des Bevollmächtigten, auf. Denn wer einen Auftrag giebt, nimmt meistens auf die persönlichen Eigenschaften des Mandatars, seine Ehrlichkeit, Geschicklichkeit xc. Rücksicht. Auch wer einen Auftrag übernimmt, thut es der Regel nach nur aus Freundschaft für den Mandanten. Wenn nemlich der mandans stirbt, ehe der mandatarius das Geschäft unternommen hat, so ist a) dieser nicht verbunden, es zu verrichten; und b) wenn er es verrichtet hat, da ihm doch das Absterben des Mandanten bekannt war, so kann er auf keine Schadloshaltung klagen (*[3]). Stirbt der mandatarius, so dürfen seine Erben sich nicht mit dem Geschäft befassen (*[4]). Daß die Erben des mandantis den mandatarium wegen dessen, was er schon aufgewendet hat, entschädigen, und die Erben des mandatarii für das, was ihr Erblasser gethan hat, verantwortlich sind, versteht sich von selbst.

(1) Ich halte indessen dafür, daß diese Regel nicht anwendbar ist, wenn das mandatum auch zum Vortheil des mandatarii gereicht, und daß der mandans einen solchen Auftrag nicht nach Belieben wiederrufen könne. Ein Beyspiel wird in dem folgen §. vorkommen.

(2) Indessen, wenn auch nicht res integra ist, so kann doch der Mandatar renunciiren, wenn er rechtliche Ursachen hat §. 11. I. h. t. Uebrigens versteht es sich, daß wenn der Mandatar gleich mit Grund ein nicht gänzlich erfülltes Mandat aufkündigt, er doch wegen dessen, was er schon vorher gethan hat, actione mandati belangt werden könne.

(3) Hat der Mandatar das Absterben des Mandanten nicht gewußt, und in dieser Unwissenheit das Geschäft verrichtet, so ist er entschuldigt. Billig dehnt man dieß auch dahin aus, wenn er aus Unwissenheit der Gesetze geglaubt hat, er müsse, ungeachtet des Absterbens seines Madanten, das Geschäft ausrichten.

Vinn. ad §. 10. h. t. n. 4. Gebe ich einem den Auftrag ausdrücklich für mich und meine Erben, oder soll der Auftrag erst nach meinem Tode befolgt werden, z. B. ein Auftrag zu meiner Beerdigung, so ändert mein Absterben nichts.

(4) Auch in dem Fall, wenn der Mandatar schon angefangen hat, den Auftrag zu erfüllen, und nun er oder der Madant stirbt, sind die Erben des Mandatars weder befugt noch schuldig, denselben zu vollenden. *Vinn.* l. c. n. 3.

§. 928. Von der Assignation.

Eine sehr gewöhnliche Gattung des mandati ist die **Anweisung** oder **Assignation** (* 1). Man versteht darunter eine Vollmacht, die ich meinem Gläubiger gebe, daß er bey meinem Schuldner die Schuld erheben, und was er bekommt, für sich behalten solle. Die drey Personen, welche hier vorkommen, sind *assignans*, *assignatus*, *assignatarius*. Wer die Assignation ausstellt, heißt der Assignant; der, welcher sie erhält, um die Schuld zu erheben, ist der Assignatar; und endlich der, welcher auf die Assignation zahlen soll, der *Assignat*.

B. ist dem C. 50 Rthlr. schuldig, hat aber eine Forderung an den A.

B. giebt also dem C. Vollmacht, 50 Rthlr. bey dem A. zu erheben. Hier ist A. der Assignat, denn er wird dem C., als Zahler angewiesen; B. der Assignant, weil er die Anweisung giebt; und C. der Assignatar; denn er weiset nicht an, und wird nicht angewiesen, sondern erhält die Anweisung. Von der Assignation bemerke man die Regel: **Anweisung ist keine Zahlung.** Dadurch allein, daß ich meinem Gläubiger Anweisung gebe, werde ich von meiner Schuld noch nicht frey. Erst alsdann erfolgt diese Befreyung, wenn mein Gläubiger von meinem Schuldner die Zahlung erhält.

(1) Indessen hat dieses mandatum manches Eigne. Es wird z. B. durch den Tod des Mandanten nicht aufgehoben, der Mandant kann es nicht nach Belieben zurücknehmen 2c.

§. 929. Die Klagen, welche aus dem Mandatscontract entstehen.

Das Mandat ist ein Bilateralcontract, in welchem der Mandatar allezeit und gleich anfangs, der Mandant hingegen nur zuweilen und zufälliger Weise verpflichtet wird. Der Mandatar nemlich wird verpflichtet, das übernommene Geschäft zu besorgen, oder in Zeiten aufzukündigen; der Mandant ist schuldig, den Mandatar zu entschädigen, wenn dieser etwa zufälliger Weise Kosten oder Schaden bey dem Geschäft hat. Daher stellt der Mandant actionem mandati *directam*, der Mandatar aber *contrariam* an. (§. 750.)

§. 930. Von der actione mandati directa.

Die directa also ist die Klage, welche der Principal gegen den Bevollmächtigten anstellt, und zwar dahin, daß er das übertragene Geschäft getreu und fleißig besorgen (* 1), wenn er Einnahme und Ausgabe gehabt hat, Rechnung ablegen, alles, was er durch das Geschäft erworben hat (* 2), mit den erhaltenen Nutzungen herausgeben, den Schaden, welchen er dolo oder culpa lata oder levi gethan, ersetzen, und wenn er das Geschäft nicht gehörig besorgt, oder

oder zur Unzeit die Commission aufgesagt hat, das Interesse prästiren soll. In wieweit diese Klage gegen die Erben des Bevollmächtigten Statt finde, erhellet aus dem §. 92-. (4)

(1) Man muß voraussetzen, daß der Bevollmächtigte den Auftrag nicht zurückgegeben hat. Da übrigens viele Rechtsgelehrten behaupten, daß der promissor facti nicht verbunden sey, das versprochene factum zu thun, sondern statt dessen das Interesse leisten könne (§ 743.); so wollen sie auch, daß dieses insonderheit bey dem Bevollmächtigten Rechtens sey.

(2) Alles, was der Bevollmächtigte durch das Geschäft erwirbt, gehört dem Mandanten. Wenn ich also einem Vollmacht gebe, eine Sache für einen gewissen Preis zu kaufen, und er bekommt sie wohlfeiler, so ist der Profit mein. Eben so, wenn ich einem Commission gebe, eine Sache für eine bestimmte Summe zu verkaufen, und er sie höher anbringt. Was der Mandatar bey Gelegenheit des Geschäfts erwirbt, z. E. wenn ihm das Geschäft Gelegenheit giebt, auch noch für sich einen vortheilhaften Handel zu machen, das gehört ihm.

§. 931. Von der contraria.

Hat der Bevollmächtigte Kosten bey dem Geschäft gehabt, Schaden durch die Schuld des Principals (*1) erlitten, Verbindlichkeiten übernommen: so stellt er die actionem mandati contrariam an, daß ihm die Kosten und der Schaden ersetzt, und er von den übernommenen Verbindlichkeiten befreyet werde. Wenn ihm sogleich bey dem Auftrag ein honorarium versprochen ist, so kann er auch dieses actione mandati contraria verlangen, und zwar, wenn es durch eine besondere Stipulation ausbedungen ist: so hat actio ex stipulatu Statt. Ist hingegen nichts versprochen, und der mandatarius befindet sich doch in dem Fall, etwas fordern zu können (§. 925.): so stellt er eine ausserordentliche Klage an, extraordinaria persecutio datur (*2).

(1) Also nur den Schaden ersetzt der Principal, an dem er schuld ist, nicht den, welchen der Bevollmächtigte durch einen bloßen Unglücksfall leidet. Wenn ich einem also den Auftrag gebe, mir einen Sklaven zu kaufen, nicht einen gewissen, sondern einen, den er wählen kann, und er kauft einen, wird von ihm bestohlen, so kann er mich nicht actione mandati contraria belangen. L. 26. §. 7. D. mandat. Gebe ich ihm hingegen den Auftrag, einen bestimmten Sklaven für mich zu kaufen, und er wird von diesem bestohlen, so muß ich den Schaden ersetzen. L. 61. §. 5. D. de furt. Es versteht sich aber dabey, daß ich doch auch etwas versehen habe. Ich habe entweder gewußt, oder hätte wissen können, daß der Sklave ein Dieb ist. Dieß erhellet aus den Schlußworten der Stelle Africans in der L. 61 de furt. wo es heißt: nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum sibi emi mandaverit. Man s. vorzüglich *Wernher* Part. 5. obs. 214. n. 49. sqq. Einen Schaden, den der Bevollmächtigte durch einen wahren Casus leidet, ersetzt der Principal nicht, wenn ihn auch der Bevollmächtigte ohne die Uebernehmung des Geschäftes nicht würde gelitten haben. Wenn mir also jemand den Auftrag giebt, eine Reise für ihn zu thun, und ich von Straßenräubern geplündert werde, so ist der Principal nicht schuldig, mich zu entschädigen, so sehr auch die Billigkeit für mich spricht. L. 26. §. 6.

mandati. (S. oben §. 761.) Man muß indessen auch hier voraussetzen, daß der Mandant nicht gewußt habe, auch nicht wissen konnte, daß die Straße unsicher sey.

(2) *Cocceii h. t. qu. 7.*

§. 932. Von den Rechten und Verbindlichkeiten des Bevollmächtigers und Bevollmächtigten in Ansehung eines Dritten.

Wenn der Bevollmächtigte mit einem Dritten Verträge schließt, so entsteht die Frage: was hat dieser Dritte sowohl gegen den mandantem als mandatarium für Rechte und Verbindlichkeiten? Man bemerke also: 1) der Mandant kann aus dem Contract, welchen der Mandatar schließt, *directe* gegen den Dritten nicht klagen, wenn er sich nicht die Rechte des Mandatars cediren, das heißt, sich von dem Mandatar eine Vollmacht zur Klage geben läßt. Doch erlauben ihm die neuern Gesetze, ohne Vollmacht actionem *utilem* anzustellen. In einigen Fällen kann der Mandant actionem directam auch ohne Cession anstellen, nemlich a) wenn sich der Mandatar etwas in Ansehung einer dem Principal gehörigen Sache versprechen läßt (si de re domini stipulatur); z. E. er läßt dem Haus des Principals eine Servitut versprechen; b) wenn ihm etwas in Gegenwart des Principals versprochen worden ist; c) wenn der Principal, wegen Abwesenheit des Bevollmächtigten keine Cession erhalten kann (*1). Heutigestages kommt auf diese Subtilitäten nichts mehr an. Denn der Mandant kann in allen Fällen aus dem Contract des Mandatars gegen den Dritten klagen, und man denkt so wenig an eine Cession, als an die Distinction der actionis directae und utilis (*2).

2) Der Mandatar kann aus dem von ihm geschlossenen Vertrage gegen den Dritten zwar auf die Erfüllung des Vertrags klagen, dieser aber kann sich mit der exceptione doli schützen. Z. E. wenn der Bevollmächtigte eine Sache des Principals verkauft hat: so kann er auf die Zahlung des Kaufgeldes klagen; aber der Käufer kann ihn mit der exceptione doli abweisen; denn er kann und muß die Zahlung dem Principal selbst leisten; die Vollmacht müßte denn auch darauf gerichtet seyn, daß der Bevollmächtigte die Zahlung annehmen solle.

3) Der Mandant kann aus dem Contract des Mandatars nach dem alten strengen Römischen Rechte gar nicht belangt werden. Denn die Regel ist: alter ex alterius contractu non obligatur. Die neueren Gesetze aber gestatten die actionem quasi institoriam gegen den Mandanten. Nemlich die actio institoria wird gegen mich angestellt, wenn mein institor, mein Handelsfactor einen Contract schließt. Da nun der Factor ein Mandatar ist, so hat man die Klage auf alle Mandanten und Mandatarien ausgedehnt, und sie actionem quasi institoriam genannt (*3).

4) Der Mandatar selbst kann aus dem von ihm geschlossenen Contract nicht belangt werden; ausser a) wenn er etwas von dem Vermögen des Principals in

Händen hat. In diesem Fall kann man von ihm verl
Vermögen die Zahlung leiste; b) wenn er in eigenem
nicht gesagt hat, daß er nur als Bevollmächtigter ha
Bürge selbst mit verpflichtet; d) wenn er die Grenze
schritten hat.

(1) *Giphanius* ad L. 68. et 72. D. de procurat. in lecti
Man s. auch *Os. Aurel.* de variant. *Cuiac.* interp
Otton. tom. 3. p. 716.

(2) Anderer Meynung ist *Franzk.* resolut. lib. 1. Q. 1
der Frage, ob sich der cessionarius die persönlichen P
eignen könne, es darauf ankomme, ob er actionem
stelle. Denn im ersten Fall habe er diese Privilegie

(3) So heißt sie in der L. 10. §. 5. D. mand.

TIT. XXVIII.

DE OBLIGATIONIBUS QUAE QUASI E NASCUNTUR.

§. 933. Uebergang zu diesem Ti

Wir haben bisher die Contracte kennen gelernt. C
wo Jemand *quasi ex contractu* verbunden wir
eine Aehnlichkeit mit den Contracten haben, und du
bunden wird, gleichsam, als ob er contrahirt hätte.
dem Pupillen zur Administration seines Vermögens, u
mund zur Schadloshaltung verbunden, als ob sie des
trahirt hätten. Gleichwohl haben sie nicht contrahi
tutor et pupillus *quasi ex contractu obligantur.*
aus Irrthum bezahle, was ich ihm nicht schuldig bin
mir zurück zu geben, gerade so, als ob er mir es du
sprochen hätte. Deswegen sagen die Juristen: indel
quasi ex contractu ad reddendum obligatur. Wer
ist verbunden alle legata und fideicommissa zu bezah
cum legatariis et fideicommissariis (*1). Man n
gewöhnlich quasi contractus, obgleich dieser Name
risten nicht vorkommt. Diese sagen: obligatio quas
das Wort Quasi Contractus, als ein zusammengesetzt
sie nicht (*2).

(1) Mit Grund erinnert indessen Weber von der na
§. 28. daß diese Vorstellungsart der Römischen Ju
nachtheilig als vortheilhaft ist. „Der ganze Umw
vorhanden ist, dennoch die Verbindlichkeit mit ein

Hhhhhh 2

stempeln, dient im Grunde zu nichts, als die Sache zu verwirren, und die richtige Erkenntniß zu erschweren. Unstreitig wäre es weit schicklicher gewesen, den wahren Entstehungsgrund geradezu anzugeben, und die Verbindlichkeiten, die quasi ex contractu hergeleitet werden, zum Theil aus den Gesetzen unmittelbar, zum Theil aus einseitigen Handlungen abzuleiten."

(a) Einige unsrer neuesten Rechtsgelehrten haben daher die Ausdrücke quasi contractus (so wie die quasi delicta) als „Absurditäten der ersten Größe, als ungereimte Terminologien, welche nur irrigen Begriffen zur Nahrung dienen," verworfen, und sie denen überlassen wollen, „die ihr juristisches Studium blos auf Küche und Keller einschränken." Ich kann mich aber nicht überzeugen, daß diese Ausdrücke einen so tödtlichen Haß und so harte Invectiven verdienen; ob ich gleich mein Studium gerade nicht auf Küche und Keller einschränke. — Wenigstens wird man doch die Worte Quasicontract und Quasidelict mit dem Zusatz *salva venia* nennen dürfen.

§. 934. Was sind quasi contractus?

Die Quasicontracte sind also erlaubte Handlungen, welche den Contracten ähnlich sind, und durch welche Jemand ohne seine ausdrückliche Einwilligung eben so gut verpflichtet wird, als ob er einen Contract geschlossen hätte. Ich sage a) **erlaubte Handlungen**. Durch Verbrechen wird man auch verpflichtet, allein nicht quasi ex contractu. b) **Ohne ausdrückliche Einwilligung**. Viele sagen, die quasi contractus gründeten sich auf eine vermuthete **Einwilligung** (in consensu praesumto sive ficto); der eine Quasicontrahent consentire wirklich, der andere praesumtive. Allein man findet keine Spur, daß die classischen Juristen bey den obligationibus quasi ex contractu an einen präsumtiven Consens gedacht haben; und bey einigen dieser Verbindlichkeiten liegt gar kein Consens zum Grunde. So ist es z. B. bey der indebiti solutione. Wenn ich aus Irrthum etwas bezahle, was ich nicht schuldig bin, so ist der Empfänger verbunden, es zurückzuzahlen quasi ex contractu. Wo ist aber hier ein Consens zu finden? Einige sagen zwar, wer eine solche Nichtschuld empfange, verpflichte sich präsumtiv zur Zurückzahlung. Das ist aber eine offenbare Ungereimtheit, und Paullus in der angeführten L. 5. §. 3. D. de oblig. et action. sagt ausdrücklich: wer ein indebitum bezahle, thue es nicht animo *contrahendae* obligationis, in der Absicht den Empfänger zu verpflichten, sondern *distrahendae*, in der Absicht seine eigene Verbindlichkeit zu tilgen (*[1]). Soviel aber ist auf der andern Seite gewiß, daß bey allen Verbindlichkeiten quasi ex contractu keine *ausdrückliche* Einwilligung des Verpflichteten vorhanden ist. Endlich muß aber auch c) wo ein sogenannter Quasicontract Statt finden soll, die Handlung den Contracten ähnlich seyn, mit einigen Contracten in einem gewissen analogischen Verhältniß stehen. Bey vier Quasicontracten ist diese Aehnlichkeit nicht zu verkennen. Die negotiorum gestio und Tutel haben eine Aehnlichkeit mit dem

mandato, die indebiti solutio, mit dem Darlehn,
communis mit der Societät. Nur bey der Erbsch
Schwierigkeit. Welchem wahren Contract ist sie ä
etwas entfernte, Aehnlichkeit hat sie mit dem mandato
der Bevollmächtigte der Legatarien (**).

(1) Indessen halte ich dafür, daß doch der vermuthlich
Verbindlichkeiten quasi ex contractu ausgeschlossen
vielmehr bey einer davon, bey der Verbindlichkeit
stione, nothwendig erfordert wird, um die Verbindl
s. §. 937. — Der consensus praesumtus ist aber mit
bedeutend zu halten. Jener gründet sich auf Wah
soll von den Gesetzen als wirklich vorhanden angenom
ausgemacht ist, daß er gar nicht vorhanden sey. U
fingirten Einwilligung, wovon die Gesetze nichts
doch sonst die sogenannten Quasicontracte zurückzu
einige andere Unschicklichkeiten der sonst gewöhnlichen
von der nat. Verbindl. §. 24 rc.

(2) Weber am a. O §. 9. Seltsam ist der Gedanke
h. t., der in der Erbschaftsantretung eine Aehnlichkei
gatione sucht. — Mit der hier vorgetragenen Dar
keiten quasi ex contractu, welcher im Ganzen auch
Th. 4. §. 308. beystimmt, ist noch zu vergleichen C.
gationum, quae qu. ex contr. et quae qu. ex del. nasc
Lips 1802. Der Verfasser bestreitet die sogenannten
wöhnlichen Rechtstheorie gleichfalls, setzt aber auch a
selbige zu berichtigen, verschiedene Einwürfe entgegen
von den Verbindlichkeiten *quasi ex contractu:* obli
legis potestate, intervenientibus factis honestis, n
actiones civiles, nomine et formula illis simillimae
propriae, und erklärt das Ganze für einen unglücklich
Juristen Gajus, der des großen Lärms gar nicht n
teristische dieser Verbindlichkeiten findet er in Folg
telbare Verbindlichkeiten, und b) sie haben eigene
formel den aus benannten Contracten hervorgehend
Die Aehnlichkeit der Verbindlichkeiten quasi ex cont
sey daher nur eine äußere und formelle. W.

§. 935. Verzeichniß der Quasicont

Die Geschäfte, wo Jemand quasi ex contract
1) negotiorum gestio, 2) tutela, 3) hereditatis un
munis administratio, 5) hereditatis aditio, 6) ind
mein wird auch hieher gezählt: receptio in navem,
(§. 1084.); curatio funeris; confinium agrorum,
sunt; datio ob causam, quae non sequitur; datio
contestatio. Noch weiter rechnen Einige dahin: dat

sam, aus welcher die condictio ob turpem causam entsteht (§. 957.); ja sie wollen auch die condictionem furtivam (§. 1030.) aus einem Quasicontract herleiten. Allein die classischen Juristen geben nur die obengedachten sechs Geschäfte als solche an, wobey man quasi ex contractu verbunden werde, und mehrere kann man mit Grund nicht annehmen (*1).

(1) *Westenberg* de caus. oblig diss 2. cap. 3 n. 21. sqq. Weber Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 9. und 27.: „Obgleich das Römische Gesetzbuch selbst nicht den geringsten Anlaß giebt, die Zahl der Verbindlichkeiten quasi ex contractu und quasi ex delicto außer den wörtlich genannten Fällen noch mit mehreren zu verstärken, wohl aber die triftigsten Gründe vorhanden sind, diese Art der Verbindlichkeiten nur auf die einzelnen Fälle, welche das Gesetz ausdrücklich dahin rechnet, einzuschränken: so haben die Ausleger dennoch von Zeit zu Zeit immer mehrere Geschäfte und Handlungen dahin gerechnet, die doch weder ihrer Natur und Beschaffenheit, noch den Gesetzen nach je dahin gehören." — Besonders hat auch Hübner in der beym vorigen §. angef. Schrift alle übrigen vermeynten Q. C. welche die Ausleger von Zeit zu Zeit außer den in dem Römischen Rechtsbuche genannten Fällen noch einzuführen suchten, zurückgewiesen. Er ist aber auch der Meynung, daß dieses nur nach den von ihm angegebenen Criterien jener Verbindlichkeiten mit glücklichem Erfolge geschehen könne. W.

§. 986. Negotiorum gestio.

Negotiorum gestio ist vorhanden, wenn ich des Andern außergerichtliche Geschäfte ohne Auftrag, seiner vermuthlichen Einwilligung wegen, zu seinem Vortheil und umsonst, doch nicht in der Absicht, ihm meine Auslagen zu schenken, besorge. Also sie setzt voraus, a) daß ich fremde Geschäfte besorge; b) und zwar aussergerichtliche; daß ich c) dieß ohne Auftrag thue, z. E. ein Freund ist abwesend; in seinem Hause sind einige dringende Reparaturen zu machen; ich lasse sie machen, ohne Commission von ihm zu haben. Doch muß es d) zu vermuthen seyn, daß der Andere einwillige; e) ich besorge auch die Geschäfte auf solche Art, daß es dem Andern nützlich ist; f) nicht in der Absicht, Kosten und Auslagen ihm zu schenken, sondern, wie man sagt, animo eum obligandi. Indessen kann ich g) nach den Gesetzen für meine Bemühung nichts fordern, ich muß das Geschäft unentgeltlich besorgen.

Die hier vorkommenden Personen sind der Geschäftsführer, *negotiorum gestor* und der Geschäftsherr, *dominus negotiorum*, oder Principal, dessen Geschäfte besorgt werden. Der negotiorum gestor ist von einem mandatario oder procuratore, desgleichen von einem defensore leicht zu unterscheiden. Der mandatarius hat einen Auftrag zu Besorgung des Geschäfts, der negotiorum gestor nicht. Defensor heißt einer, welcher im Gericht für einen Beklagten erscheint, und ihn vertheidigt, ohne Vollmacht vom Beklagten zu haben. Er besorgt also gerichtliche Geschäfte, der negotiorum gestor aussergerichtliche. Der defensor muß auch cautionem judicati solvi,

mandato, die indebiti solutio, mit dem Darlehn, die administratio rei communis mit der Societät. Nur bey der Erbschaftsantretung findet sich Schwierigkeit. Welchem wahren Contract ist sie ähnlich? Eine, freylich etwas entfernte, Aehnlichkeit hat sie mit dem mandato; der Erbe ist gleichsam der Bevollmächtigte der Legatarien (**).

(1) Indessen halte ich dafür, daß doch der vermuthliche Consens nicht bey allen Verbindlichkeiten quasi ex contractu ausgeschlossen werden kann, und daß er vielmehr bey einer davon, bey der Verbindlichkeit aus der negotiorum gestione, nothwendig erfordert wird, um die Verbindlichkeit zu gründen. Man s. §. 937. — Der consensus praesumtus ist aber mit dem ficto nicht für gleichbedeutend zu halten. Jener gründet sich auf Wahrscheinlichkeit, dieser aber soll von den Gesetzen als wirklich vorhanden angenommen werden, ob es gleich ausgemacht ist, daß er gar nicht vorhanden sey. Ueber das Unrichtige dieser fingirten Einwilligung, wovon die Gesetze nichts wissen, worauf man aber doch sonst die sogenannten Quasicontracte zurückzuführen pflegte, und über einige andere Unschicklichkeiten der sonst gewöhnlichen Rechtstheorie s. Weber von der nat. Verbindl. §. 24 ꝛc.

(2) Weber am a. O §. 9. Seltsam ist der Gedanke von *Merill.* ad Instit. §. 4. h. t., der in der Erbschaftsantretung eine Aehnlichkeit mit der literarum obligatione sucht. — Mit der hier vorgetragenen Darstellung der Verbindlichkeiten quasi ex contractu, welcher im Ganzen auch Glück Erläut. d. Pand. Th. 4. §. 308. beystimmt, ist noch zu vergleichen *C. G. Hübner* diss. de obligationum, quae qu. ex contr. et quae qu. ex del. nascuntur natura coniecturae. Lips 1802. Der Verfasser bestreitet die sogenannten Q. C. nach der sonst gewöhnlichen Rechtstheorie gleichfalls, setzt aber auch allen bisherigen Versuchen, selbige zu berichtigen, verschiedene Einwürfe entgegen, giebt folgenden Begriff von den Verbindlichkeiten *quasi ex contractu:* obligationes, ex quibus, sola legis potestate, intervenientibus factis honestis, non contractibus, dantur actiones civiles, nomine et formula illis simillimae, quae contractibus sunt propriae, und erklärt das Ganze für einen unglücklichen Einfall des Römischen Juristen Gajus, der des großen Lärms gar nicht werth war. Das Characteristische dieser Verbindlichkeiten findet er in Folgendem: sie sind a) unmittelbare Verbindlichkeiten, und b) sie haben eigene im Namen und der Klagformel den aus benannten Contracten hervorgehenden höchst ähnliche Klagen. Die Aehnlichkeit der Verbindlichkeiten quasi ex contractu und der Contracte sey daher nur eine äußere und formelle. W.

§. 935. Verzeichniß der Quasicontracte.

Die Geschäfte, wo Jemand quasi ex contractu verpflichtet wird, sind 1) negotiorum gestio, 2) tutela, 3) hereditatis und 4) rei singularis communis administratio, 5) hereditatis aditio, 6) indebiti solutio. Insgemein wird auch hieher gezählt: receptio in navem, cauponam, stabulum (§. 1084.); curatio funeris; confinium agrorum, quorum fines confusi sunt; datio ob causam, quae non sequitur; datio sine causa, und litis contestatio. Noch weiter rechnen Einige dahin: dationem ob turpem cau-

sam, aus welcher die condictio ob turpem causam entsteht (§. 957.); ja sie wollen auch die condictionem furtivam (§. 1030.) aus einem Quasicontract herleiten. Allein die classischen Juristen geben nur die obengedachten sechs Geschäfte als solche an, wobey man quasi ex contractu verbunden werde, und mehrere kann man mit Grund nicht annehmen (*[1]).

(1) *Westenberg* de caus. oblig diss 2. cap. 3 n. 21. sqq. Weber Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 9. und 27.: „Obgleich das Römische Gesetzbuch selbst nicht den geringsten Anlaß giebt, die Zahl der Verbindlichkeiten quasi ex contractu und quasi ex delicto außer den wörtlich genannten Fällen noch mit mehreren zu verstärken, wohl aber die triftigsten Gründe vorhanden sind, diese Art der Verbindlichkeiten nur auf die *einzelnen* Fälle, welche das Gesetz ausdrücklich dahin rechnet, einzuschränken: *so haben* die Ausleger dennoch von Zeit zu Zeit immer mehrere Geschäfte *und Handlungen* dahin gerechnet, die doch weder ihrer Natur und Beschaffenheit, noch den Gesetzen nach je dahin gehören.“ — Besonders hat auch Hübner in der beym vorigen §. angef. Schrift alle übrigen vermeynten Q. C. welche die Ausleger von Zeit zu Zeit außer den in dem Römischen Rechtsbuche genannten Fällen noch einzuführen suchten, zurückgewiesen. Er ist aber auch der Meynung, daß dieses nur nach den von ihm angegebenen Criterien jener Verbindlichkeiten mit glücklichem Erfolge geschehen könne. W.

§. 986. Negotiorum gestio.

Negotiorum gestio ist vorhanden, wenn ich des Andern außergerichtliche Geschäfte ohne Auftrag, seiner vermuthlichen Einwilligung wegen, zu seinem Vortheil und umsonst, doch nicht in der Absicht, ihm meine Auslagen zu schenken, besorge. Also sie setzt voraus, a) daß ich fremde Geschäfte besorge; b) und zwar aussergerichtliche; daß ich c) dieß ohne Auftrag thue, z. E. ein Freund ist abwesend; in seinem Hause sind einige dringende Reparaturen zu machen; ich lasse sie machen, ohne Commission von ihm zu haben. Doch muß es d) zu vermuthen seyn, daß der Andere einwillige; e) ich besorge auch die Geschäfte auf solche Art, daß es dem Andern nützlich ist; f) nicht in der Absicht, Kosten und Auslagen ihm zu schenken, sondern, wie man sagt, animo eum obligandi. Indessen kann ich g) nach den Gesetzen für meine Bemühung nichts fordern, ich muß das Geschäft unentgeltlich besorgen.

Die hier vorkommenden Personen sind der Geschäftsführer, *negotiorum gestor* und der Geschäftsherr, *dominus negotiorum*, oder Principal, dessen Geschäfte besorgt werden. Der negotiorum gestor ist von einem mandatario oder procuratore, desgleichen von einem defensore leicht zu unterscheiden. Der mandatarius hat einen Auftrag zu Besorgung des Geschäfts, der negotiorum gestor nicht. Defensor heißt einer, welcher im Gericht für einen Beklagten erscheint, und ihn vertheidigt, ohne Vollmacht vom Beklagten zu haben. Er besorgt also gerichtliche Geschäfte, der negotiorum gestor aussergerichtliche. Der defensor muß auch cautionem judicati solvi

das heißt, Caution stellen, daß der Principal der richterlichen Sentenz, wenn sie gegen ihn ausfällt, ein Genüge thun werde, diese aber fällt bey dem negotiorum gestore weg. Eine Weibsperson kann negotia geriren, aber als defensor im Gericht darf sie nicht auftreten.

§. 937. Von den Erfordernissen der Verbindlichkeit aus der negotiorum gestione.

Wenn Jemand aus der negotiorum gestione soll verpflichtet werden, so wird auf Seiten des Geschäftsführers erfordert, 1) daß er das Geschäft zum Vortheil des Principals besorgen muß. Wenn ich z. E. das Haus des abwesenden Freundes repariren lasse, aber so, daß die Reparatur nichts taugt, und er genöthigt ist, was ich gemacht habe, wieder wegreißen zu lassen: so ist er mir zu keinem Kostenersatz verbunden (*1). Der Geschäftsführer muß daher auch mit dem Fleiße, der Aufmerksamkeit und Vorsicht zu Werk gehen, welche ordentliche Menschen beobachten, und ist verbunden, culpam levem zu prästiren (*2). Wenigstens halte ich dieß für die richtigste und billigste Meynung, und ich glaube nicht, wie Andere (*3), daß er culpam levissimam leisten müsse. Doch leidet diese Regel ihre Ausnahmen: nemlich a) wenn der Geschäftsführer sich zu dem Geschäft, und Andern, die es besorgen wollten, vorgedrungen hat; oder, wenn es ein Geschäft ist, das seiner Natur nach den höchsten Grad von Fleiß und Aufmerksamkeit erfordert; denn in diesem Fall muß er culpam levissimam prästiren. b) Wenn die Noth erforderte, daß ich mich dem fremden Geschäft unterzog, und die Sache ohne meine Theilnehmung zu Grunde gegangen seyn würde. Hier leiste ich nur dolum und culpam latam. Z. E. wenn ich bey einer Feuersgefahr Einem seine Sachen, ohne Auftrag von ihm zu haben, rette; aus Versehen aber kostbare Sachen liegen lasse, und schlechtere in Sicherheit bringe: so kann der Eigenthümer deswegen keine Schadloshaltung von mir verlangen. Denn wenn ich die schlechtere Sache nicht gerettet hätte: so wäre sie auch verbrannt; und da man in einem solchen Falle nicht mit kaltem Blute und Ueberlegung handeln kann, so kann man nicht behaupten, daß ich in culpa lata sey. c) Unternimmt der negotiorum gestor etwas, wobey ein großes Risico ist, so muß er auch für den Unglücksfall stehen (*4). Z. E. wenn ich einem abwesenden Freunde sein Geschäft besorge, und ohne Auftrag aus seiner Casse ein Lotterieloos kaufe, das Loos aber verliert: so muß ich den Schaden tragen, denn ich habe durch meine Schuld zu diesem Schaden Gelegenheit gegeben.

Die zweyte Erforderniß auf Seiten des Geschäftsführers ist, daß er in der Absicht, sich den Geschäftsherrn verbindlich zu machen, oder wenigstens nicht in der Absicht, ihm seine Kosten und Auslagen zu schenken, die Geschäfte übernommen habe (*5). Wenn ich etwas zum Besten eines Menschen thue, in der Absicht ihm eine Wohlthat zu erzeigen, so ist es kein quasi contractus

Frage der L. 24. C. de negot. gest. (II. 19.) dahin entschieden, daß die Klage nicht Statt finde. — Wiederum aber wird natürlich durch die Genehmigung dessen, den die Sache angeht, die Klage des Geschäftsführers noch desto gegründeter. Diese Genehmigung verwandelt auch die Sache in ein Mandatum in sofern sie zugleich noch eine Einwilligung in das weiter Vorzunehmende enthält. Wenn ich eine ohne mein Wissen für mich übernommene Bürgschaft genehmige, so kann ich wegen der darauf geschehenen Bezahlung von dem Bürgen actione mandati belangt werden. Hiedurch sind L. 9. D. de negot. gest. und andere Gesetzstellen ähnlichen Inhalts mit L. 60. D. de divers. regul. iur. zu vereinbaren. Thibaut Vers. über d. Theor. d. R. II. 10. W.

§. 938. Welches sind die Verbindlichkeiten aus der negotiorum gestione?

Die aus der negotiorum gestione entstehenden Verbindlichkeiten sind auf Seiten des Geschäftsherrn, daß er den negotiorum gestorem entschädige, alle Auslagen, insofern sie nothwendig oder nützlich sind, und zwar mit Zinsen (*1) ersetze, und ihn von den übernommenen Verbindlichkeiten befreye. Z. E. wenn der negotiorum gestor mein Haus hat repariren lassen, und deswegen dem Zimmermann, Maurer, Dachdecker rc. etwas schuldig geworden ist, so muß ich diese Schuld abtragen. Eine Belohnung für seine Mühe kann der negotiorum gestor nicht fordern. Denn diese kann der Regel nach nicht einmal der mandatarius verlangen, der doch einen ausdrücklichen Auftrag hat (§. 926.), wie viel weniger der negotiorum gestor, der ohne Vollmacht handelt. So weit kann man den vermuthlichen Consens des Geschäftsherrn nicht ausdehnen, daß man annehmen könnte, er wolle dem Geschäftsführer auch einen Lohn für seine Bemühung geben.

Hingegen die Verbindlichkeit des Geschäftsführers ist, 1) daß er Rechnung ablege, also seine Kosten und Auslagen, specificire, und jeden Posten gehörig bescheinige. 2) Wenn er nicht allein Ausgaben, sondern auch Einnahme gehabt hat, z. E. er hat das Haus eines abwesenden Freundes repariren lassen, darauf vermiethet, und das Miethgeld eingenommen, so muß er den Ueberschuß der Einnahme über die Ausgabe herauszahlen. 3) Den Schaden, welchen er dem Herrn des Geschäfts durch schlechte Verwaltung zugefügt hat, muß er ersetzen (*2). Ist er aber auch 4) verantwortlich für das, was er unterlassen hat? Wenn er mit dem übernommenen Geschäft einen Zusammenhang hat, allerdings, ausserdem nicht. Wenn er z. B. die Bestellung eines Landguts übernommen, und einige Stücke ohne Grund ungebauet liegen gelassen hat, so muß er den Schaden ersetzen. Geschäfte hingegen, die mit der Cultur des Landgutes nicht zusammenhängen, braucht er nicht zu besorgen (*3).

(1) Wenn auch der Geschäftsherr nicht in mora ist. L. 18. C. de negot. gest. (II. 19.)

handenen fleißigern Geschäftsführer verdrängt, und sich der Sache aufgedrungen habe; es heißt nicht: si adfuisset alius diligentior etc. sondern die angeführten Worte sollen überhaupt nur den höchsten Grad der Aufmerksamkeit bezeichnen: d. i. er soll leisten was irgend ein Achtsamerer geleistet haben würde. Die Stelle ist also für diejenigen, welche den negot. gestor auch für das geringste Versehen, culpa levissima, verantwortlich halten, ganz entscheidend. M. s. auch L. 20. C. de usuris (IV. 32.) W.

(3) Wie z. E. *Contius* ad L. 23. de R. I. *Vinn.* ad §. 1. I. h. t. n. 3. *Iac. Gothofred* ad L. 23. de reg. iur. in opusc. pag. 816. *Schilter* ex. 19. th. 67. sqq. *Cocceii* iur. controv. tit. de neg. gest. Qu. 7. *Einert.* Diss. sub praesidio *Schottii* de negotiorum gestoris ad culpam leviss. praestandam obligatione (Lips. 1767.) §. 5. *Walch* controv. p. 667. edit. III. Einige, z. E. *Brunnemann* ad L. 3. §. 9. D. de negot. gest. wollen die ganze Sache dem Ermessen des Richters anheimgestellt haben.

(4) Außerdem steht der Geschäftsführer für den casum nicht. L. 22. C. de negot. gest. (II. 19.) sagt: negotium gerentes alienum, non interveniente speciali pacto, casum fortuitum praestare non compellantur. Die Schwierigkeit in diesem Gesetz ist nur die: wie kann der negotiorum gestor mit dem domino einen Vertrag schließen, da dieser von der Geschäftsführung nichts weiß? Man hat diese Schwierigkeit durch critische Verbesserung, und mancherley Erklärungen zu heben gesucht. S. *Bynkershoek* obs. iur. rom. lib. 1. cap. 7. *Leyser* sp. 55. med. 1. *Vryhof* obs. iur. civ. lib 1. cap. 16. von Braun über die L. 22. C. de neg. gest. in Siebenkees neuem jurist. Magazin, Num. 8. *Püttmann* probabil. lib. 1. cap. 14. *Müller* ad *Leyser.* obs. 179. Ich glaube mit Leyser am a. O. daß die Gesetzgeber nicht von dem negotiorum gestore allein, sondern von allen, die ein fremdes Geschäft übernehmen, also auch von Bevollmächtigten reden, und bey diesen läßt sich der Fall denken, daß sie sich verbindlich machen, für einen Unglücksfall zu stehen. Was man gegen diese Erklärung eingewendet hat, scheint mir nicht erheblich.

(5) Ich bemerke hiebey 1) der sogenannte animus obligandi ist nicht erforderlich, um den Geschäftsführer, sondern um den Herrn des Geschäfts zu verpflichten. 2) Wenn der Geschäftsführer zwar nicht die Absicht gehabt hat, den Herrn zu verpflichten, indessen doch auch nicht den Willen, ihm die Auslagen zu schenken, ihm eine Wohlthat zu erzeigen, so hat actio negotiorum gestorum Statt. Z. B. Jemand glaubt Erbe zu seyn, und zahlt die Vermächtnisse aus. Wenn er die Erbschaft dem wahren Erben abtreten muß, so kann er von ihm die geleisteten Zahlungen actione negotiorum gestorum ersetzt verlangen. L. 49. de negot. gest. 3) Auch ist nicht nothwendig, daß der negotiorum gestor die Absicht habe, dem Andern einen Vortheil zu verschaffen; genug, daß seine Handlung zufälliger Weise ohne seinen Vorsatz dem Andern nützlich ist, und dieser sich mit seinem Schaden bereichern würde. Struve rechtl. Bed. 3 B. Num. 4. und 75.

(6) Unter den alten Juristen, Proculus und Julian, war Streit, ob in dem Falle, wenn ich angefangen habe, mich den Geschäften eines Andern zu unterziehen, dieser es erfährt, und mir untersagt fortzufahren, ich demungeachtet fortfahre, und die Geschäfte nützlich besorge, ich meine Auslagen vermittelst der actionis negotiorum gestorum contrariae einklagen könne? Man s. *Merill.* ad L. Decis. cap. 33. *Mascov.* de Sectis p. 164. sqq. Justinian hat die

Frage der L. 24. C. de negot. gest. (II. 19.) dahin entschieden, daß die Klage nicht Statt finde. — Wiederum aber wird natürlich durch die Genehmigung dessen, den die Sache angeht, die Klage des Geschäftsführers noch desto gegründeter. Diese Genehmigung verwandelt auch die Sache in ein Mandatum in sofern sie zugleich noch eine Einwilligung in das weiter Vorzunehmende enthält. Wenn ich eine ohne mein Wissen für mich übernommene Bürgschaft genehmige, so kann ich wegen der darauf geschehenen Bezahlung von dem Bürgen actione mandati belangt werden. Hiedurch sind L. 9. D. de negot. gest. und andere Gesetzstellen ähnlichen Inhalts mit L. 60. D. de divers. regul. iur. zu vereinbaren. Thibaut Vers. über d. Theor. d. R. II. 10. W.

§. 938. Welches sind die Verbindlichkeiten aus der negotiorum gestione?

Die aus der negotiorum gestione entstehenden Verbindlichkeiten sind auf Seiten des Geschäftsherrn, daß er den negotiorum gestorem entschädige, alle Auslagen, insofern sie nothwendig oder nützlich sind, und zwar mit Zinsen (*1) ersetze, und ihn von den übernommenen Verbindlichkeiten befreye. Z. E. wenn der negotiorum gestor mein Haus hat repariren lassen, und deswegen dem Zimmermann, Maurer, Dachdecker rc. etwas schuldig geworden ist, so muß ich diese Schuld abtragen. Eine Belohnung für seine Mühe kann der negotiorum gestor nicht fordern. Denn diese kann der Regel nach nicht einmal der mandatarius verlangen, der doch einen ausdrücklichen Auftrag hat (§. 926.), wie viel weniger der negotiorum gestor, der ohne Vollmacht handelt. So weit kann man den vermuthlichen Consens des Geschäftsherrn nicht ausdehnen, daß man annehmen könnte, er wolle dem Geschäftsführer auch einen Lohn für seine Bemühung geben.

Hingegen die Verbindlichkeit des Geschäftsführers ist, 1) daß er Rechnung ablege, also seine Kosten und Auslagen, specificire, und jeden Posten gehörig bescheinige. 2) Wenn er nicht allein Ausgaben, sondern auch Einnahme gehabt hat, z. E. er hat das Haus eines abwesenden Freundes repariren lassen, darauf vermiethet, und das Miethgeld eingenommen, so muß er den Ueberschuß der Einnahme über die Ausgabe herauszahlen. 3) Den Schaden, welchen er dem Herrn des Geschäfts durch schlechte Verwaltung zugefügt hat, muß er ersetzen (*2). Ist er aber auch 4) verantwortlich für das, was er unterlassen hat? Wenn er mit dem übernommenen Geschäft einen Zusammenhang hat, allerdings, ausserdem nicht. Wenn er z. B. die Bestellung eines Landguts übernommen, und einige Stücke ohne Grund ungebauet liegen gelassen hat, so muß er den Schaden ersetzen. Geschäfte hingegen, die mit der Cultur des Landgutes nicht zusammenhängen, braucht er nicht zu besorgen (*3).

(1) Wenn auch der Geschäftsherr nicht in mora ist. L. 18. C. de negot. gest. (II. 19.)

rio, oder einen eidlichen Specification, Rechnung ablegen; alles, was dem Pupillen gehört, herausgeben, und den Schaden ersetzen sollen, welcher culpa levi (wenn die Klage gegen den Vormund selbst angestellt wird), oder culpa lata (wenn gegen die Erben geklagt wird), dem Pupillen verursacht worden ist.

§. 945. Von der contraria.

Die contrariam hingegen stellt der Vormund gegen den Pflegbefohlnen an, wenn er Kosten und Auslagen gehabt; oder Schaden bey der Vormundschaft gelitten; oder eine Verbindlichkeit für den Pupillen übernommen, z. E. Bürgschaft für ihn geleistet hat. Er verlangt also, daß ihm die Auslagen mit Zinsen wieder bezahlt, der Schaden ersetzt, und er von den übernommenen Verbindlichkeiten befreyet werde. Heutigestages kann er auch auf die ihm gebührende Besoldung klagen.

§. 946. Von der actione tutelae utili.

Die aus der Vormundschaft entstehenden Klagen werden auch auf die curatores angewendet, und heißen alsdann actiones utiles. Wenn also der Minderjährige gegen den Curator klagt, daß dieser Rechnung ablegen soll: so ist es *actio tutelae directa utilis*; und klagt der curator gegen den Minderjährigen auf Entschädigung: so ist es *actio tutelae contraria utilis*.

§. 947. Administratio hereditatis und rei singularis communis.

Der dritte und vierte sogenannte Quasicontract sind: *administratio hereditatis* und *rei singularis communis*. Man bemerke nemlich: 1) wenn eine Erbschaft noch unvertheilt ist, und einer der Miterben sie bisher allein besessen und benutzt hat, so ist er verbunden, sich mit den übrigen auf ihr Verlangen abzutheilen, und ihnen a) ihren Theil herauszugeben, von dem Nutzen, den er aus der Erbschaft gezogen hat (lucrum communicare); b) den Schaden zu ersetzen, den er etwa der Erbschaft zugefügt hat (damnum pro rata resarcire). Die andern Miterben sind dagegen verpflichtet, ihm seine Auslagen nach Verhältniß ihrer Erbtheile zu ersetzen, gleichsam als ob darüber contrahirt worden wäre. Man nennt diese drey Stücke: Mittheilung des Nutzens, verhältnißmäßige Ersetzung des Schadens, und Erstattung der Auslagen die *praestationes personales*. 2) Auch wenn eine einzelne Sache mehreren Personen gemeinschaftlich gehört, und einer von ihnen die Sache bisher allein besessen, und den Nutzen davon gezogen hat: so ist er den übrigen, und sie ihm zu denselben Personal-Prästationen verbunden; ebenfalls so, als wenn sie desfalls mit einander contrahirt hätten. 3) Daher werden die *administratio* hereditatis oder rei singularis unter die quasi contractus gezählt. 4) Die *communio* hereditatis und rei singularis sind dingliche Rechte (iura in re). Der Miterbe sowohl als der Theilhaber einer einzelnen Sache ist schuldig den übrigen ihre Theile herauszugeben, vermöge des diesen zustehenden

dinglichen Rechts. Zu den obengenannten Personalpräſtationen aber iſt ein Miterbe dem andern, ein Mitintereſſent dem andern quasi ex contractu verpflichtet.

§. 948. Klagen, die daraus entſtehen.

Aus der Verwaltung einer gemeinſchaftlichen Erbſchaft entſteht *actio familiae herciscundae*, aus der Verwaltung einer gemeinſchaftlichen einzelnen Sache *actio communi dividundo*. Die erſte dieſer Klagen iſt ſchon §. 708. erklärt, die letzte wird hier vorgetragen.

§. 949. Von der actione communi dividundo.

Ein Theilhaber, dem eine Sache mit andern Perſonen gemeinſchaftlich zuſteht, ſtellt ſie gegen den Andern an, und zwar dahin, daß die gemeinſchaftliche Sache vertheilt, die Gemeinſchaft alſo aufgehoben und einem jeden Intereſſenten ſein Antheil herausgegeben werde. Wenn einer der Theilhaber die gemeinſchaftliche Sache im Beſitz gehabt, verwaltet und benutzt hat, ſo klagt entweder er auf die Theilung, oder einer der andern. Im erſten Fall fordert der Kläger, daß ihm die Auslagen von jedem der übrigen nach Proportion ihrer Antheile erſtattet werden ſolle. Im letzten Falle verlangt der Kläger, daß der bisherige Beſitzer a) Rechnung über die Einnahme ablegen, und ihm, dem Kläger, ſeinen Theil des Nutzens ausantworten; b) den Schaden, welchen der Beklagte der gemeinſchaftlichen Sache zugefügt hat, nach Proportion (pro rata) des dem Kläger an der Sache zuſtehenden Antheils erſetzen ſoll.

Da die actio communi dividundo ſich theils auf ein dingliches Recht gründet (die Theilung der gemeinſchaftlichen Sache und Abtretung eines, jedem Intereſſenten gebührenden Theils wird vermöge des dinglichen Rechtes gefordert), theils auf ein perſönliches Recht, ius ad rem (in ſo weit ſie nemlich auf die Perſonalpräſtationen gerichtet iſt): ſo heißt ſie eine vermiſchte Klage, *actio mixta*.

§. 950. Welche culpam präſtirt ein socius dem andern.

Wir haben oben ſchon (§. 757.) gehört, daß ein Theilhaber dem andern culpam levem in concreto leiſten müſſe, das heißt, er iſt nur ſo viel Fleiß auf die gemeinſchaftliche Sache zu verwenden ſchuldig, als er auf ſeine eigenen Sachen zu verwenden pflegt, und erſt alsdenn, wenn er auf jene Sache weniger Aufmerkſamkeit verwendet hat, muß er den Schaden erſetzen. Die Urſache iſt, wer mit einem nachläßigen Menſchen eine Societät ſchließt, oder in Gemeinſchaft bleibt, läßt ſich deſſen Nachläßigkeit gefallen, und muß es ſich ſelbſten zuſchreiben, wenn er Schaden leidet.

§. 951. Erbſchaftsantretung.

Die fünfte Handlung, durch welche man quasi ex contractu verpflichtet wird, iſt die Erbſchaftsantretung. Wer nemlich eine Erbſchaft antri

macht sich den Legatarien und Fideicommissarien stillschweigend verbindlich, die Legate und Fideicommisse zu bezahlen. Sie können ihn also quasi ex contractu belangen (*1). Den Creditoren des Verstorbenen ist er nicht auf diese Weise verpflichtet, wie sich Einige (*2) vorstellen; denn die Gläubiger klagen aus dem Factum des Erblassers directe gegen den Erben, ohne daß sie nöthig haben, sich auf eine Verbindlichkeit quasi ex contractu zu gründen. Sobald ich nemlich eine Erbschaft antrete, werde ich und der Erblasser als Eine Person angesehen, seine Verbindlichkeiten gehen also auf mich über, und werden als meine eigene angesehen (*3).

(1) Allein wie viel bezahlt jeder Erbe am Vermächtniß; zahlen die Miterben portiones viriles oder hereditarias. Z. B. A. ist Erbe auf ⅔, B. auf ⅓. Dem C. sind vermacht 100 Thlr. Bezahlt an diesen 100 Thlr. der A. 50, und B. 50; oder zahlt A. 66⅔, und B. 33⅓? Paullus sagt in der L. 17. D. de duob. reis: die Miterben bezahlen pro hereditariis partibus. Wie aber diese Stelle mit einer von Pomponius L. 54. §. ult. und der von Neratius L. 124. D. de legat. I. zu vereinigen sey, davon s. man *Püttmann* probabil. lib. 2. cap. 8. Er nimmt an, die Meynung des Paullus gehe hier vor, weil er später als Neratius und Pomponius gelebt habe. Ich zweifle aber, daß dieser Grund hier anschlägt. S. oben §. 16 (3).

(2) Noch neuerlich *Hofacker* instit. iur. rom. §. 360.

(3) *Hert.* diss. de effect. non confect. inventar. sect. 1. §. 1. Weber von der natürl. Verbindlichkeit, Dr. S. der 2ten Ausg.

§. 952. Klagen daraus.

Aus der Erbschaftsantretung entsteht daher eine Klage, welche *actio personalis ex testamento* heißt. Sie wird von den Legatarien und Fideicommissarien gegen den Erben angestellt, daß er ihnen ihre Vermächtnisse und Fideicommisse mit allem Zuwachs, und mit Zinsen vom Tage des Verzugs an, entrichten, und allen Schaden, den er daran culpa lata, levi oder levissima gethan hat, ersetzen soll.

§. 953. Solutio indebiti.

Endlich gehöret auch zu den Handlungen, durch die man gleich als aus einem Contract verbunden wird, die *indebiti solutio.* Wenn ich einem a) aus Irrthum etwas bezahle (*1), was ich ihm b) nicht schuldig bin, und c) mein Irrthum Entschuldigung verdient, auch d) der Andere nicht einmal nach dem Naturrecht eine Forderung gegen mich hatte (*2); so kann ich das Bezahlte zurückfordern, eben so gut, als ob mir die Zurückzahlung versprochen wäre (quasi contraxissem). Der wahre Grund dieser Befugniß ist die Verordnung der Gesetze, daß Niemand mit dem Schaden eines Andern bereichert werden soll (*3).

(1) Zahlung wird hier nicht in dem eingeschränkten Verstande genommen, wie im gemeinen Leben, da es blos die Abtragung einer Geldschuld bedeutet; son-

dinglichen Rechts. Zu den obengenannten Personalprästationen aber ist ein Miterbe dem andern, ein Mitinteressent dem andern quasi ex contractu verpflichtet.

§. 948. Klagen, die daraus entstehen.

Aus der Verwaltung einer gemeinschaftlichen Erbschaft entsteht *actio familiae herciscundae*, aus der Verwaltung einer gemeinschaftlichen einzelnen Sache *actio communi dividundo*. Die erste dieser Klagen ist schon §. 708. erklärt, die letzte wird hier vorgetragen.

§. 949. Von der actione communi dividundo.

Ein Theilhaber, dem eine Sache mit andern Personen gemeinschaftlich zusteht, stellt sie gegen den Andern an, und zwar dahin, daß die gemeinschaftliche Sache vertheilt, die Gemeinschaft also aufgehoben und einem jeden Interessenten sein Antheil herausgegeben werde. Wenn einer der Theilhaber die gemeinschaftliche Sache im Besitz gehabt, verwaltet und benutzt hat, so klagt entweder er auf die Theilung, oder einer der andern. Im ersten Fall fordert der Kläger, daß ihm die Auslagen von jedem der übrigen nach Proportion ihrer Antheile erstattet werden solle. Im letzten Falle verlangt der Kläger, daß der bisherige Besitzer a) Rechnung über die Einnahme ablegen, und ihm, dem Kläger, seinen Theil des Nutzens ausantworten; b) den Schaden, welchen der Beklagte der gemeinschaftlichen Sache zugefügt hat, nach Proportion (pro rata) des dem Kläger an der Sache zustehenden Antheils ersetzen soll.

Da die actio communi dividundo sich theils auf ein dingliches Recht gründet (die Theilung der gemeinschaftlichen Sache und Abtretung eines jedem Interessenten gebührenden Theils wird vermöge des dinglichen Rechtes gefordert), theils auf ein persönliches Recht, ius ad rem (in so weit sie nemlich auf die Personalprästationen gerichtet ist): so heißt sie eine vermischte Klage, *actio mixta*.

§. 950. Welche culpam prästirt ein socius dem andern.

Wir haben oben schon (§. 757.) gehört, daß ein Theilhaber dem andern culpam levem in concreto leisten müsse, das heißt, er ist nur so viel Fleiß auf die gemeinschaftliche Sache zu verwenden schuldig, als er auf seine eigenen Sachen zu verwenden pflegt, und erst alsdenn, wenn er auf jene Sache weniger Aufmerksamkeit verwendet hat, muß er den Schaden ersetzen. Die Ursache ist, wer mit einem nachläßigen Menschen eine Societät schließt, oder in Gemeinschaft bleibt, läßt sich dessen Nachläßigkeit gefallen, und muß es sich selbsten zuschreiben, wenn er Schaden leidet.

§. 951. Erbschaftsantretung.

Die fünfte Handlung, durch welche man quasi ex contractu verpflichtet wird, ist die Erbschaftsantretung. Wer nemlich eine Erbschaft antritt,

(1) Von diesem Fall ist Ulpian zu verstehen, wenn er L. 26. pr. §. 1. et 2. sagt, daß einer, welcher von einem unverzinnslichen Capital Zinsen bezahlt (ob er gleich wisse, daß er keine schuldig ist), dieselben nicht als ein indebitum zurückfordern könne. *Weber* tract. de usuris indebite solutis (Suerin 1783. 8.) §. 17. sqq. in den Versuchen über d. Civilrecht Num. IV. — Die entgegenstehende Meynung, welche dem, der das Capital schuldig ist, die Zurückforderung unpflichtiger Zinsen, selbst wenn er sie aus Irrthum indebite gezahlt hat, dennoch vermöge des allgemeinen Ausdrucks der angeführten Gesetzstellen versagt, wird neuerer Zeit noch von Thibaut in d. Versuch. über d. Theorie d. Rechts II. 5. III. vertheidigt. Allein die Gründe, welche es wahrscheinlich machen, daß Ulpian gerade die Zinsen, die doch sonst zu den odiosis in iure gehören, nicht in dem Umfange habe begünstigen wollen, bey Seite gesetzt, ist doch die Sache selbst in L. 18. C. de usuris so klar entschieden, daß die Abrechnung oder Zurückforderung der aus Irrthum indebite gezahlten Zinsen in jedem Falle keinen Zweifel leidet. W.

(2) Ob die condictio indebiti Statt finde, wenn ich ein indebitum aus Unwissenheit der Gesetze auszahle, ist sehr bestritten. Viele wollen sie gar nicht zugeben. *Fachinaeus* controv. lib. 8. cap. 106 lib. 10. cap. 11. *Bronchorst* enantioph. Cent. 2. Ass. 36. *Baro* Opp. T. 3. p. 148. *Cuiac.* obs. lib. 5. cap. 39. *Donell.* comment. iur. civ. lib. 14 cap. 14. *Hunn.* resol. lib. 3. tract. 3. part. 2. Qu. 3. *Marckart* diss. de condict. indeb. per errorem iuris civilis soluti, cap. 2. (in Exercit. academ. p. 86. sqq.) Andere aber nehmen die im §. vorgetragene Meynung an. *Vinn.* quaest sel. lib. 1. cap. 47. *Alb. Phil. Frick* diss. de indebitum solvente per ignorantiam iuris civilis ad indebiti condictionem admittendo, Helmst. 1778. Das Hauptgesetz, worauf sich jene stützen, ist L. 10. C. de iur. et fact. ignor. (I. 18.) wo es heißt: cum quis ius ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio. Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est. Dagegen aber sagt Papinian in der L. 8. de iur. et fact. ignor. caeterum *omnibus* iuris error, in damnis amittendae rei suae non nocet; und in dem ganzen Titel der Pandecten de condictione indebiti wird kein Unterschied zwischen error iuris und facti gemacht. Das Rescript in der L. 10. C. ist also wahrscheinlich, sagt man, in einem Fall ergangen, wo noch besonderer Umstände wegen die Condiction wegfiel. Indessen muß ich gestehen, daß mir diese Antwort, so wenig als andere, wodurch man die L. 10. aus dem Wege zu räumen sucht, ein Genüge thut.

§. 955. Fortsetzung.

Was ich als ein indebitum zurückfordern will: muß 4) *naturaliter* indebitum seyn. Wenn ich nemlich einem etwas indebite bezahle: so sind drey Fälle möglich (S. die 6. Tabelle.): a) ich bin es ihm weder nach den natürlichen, noch nach den bürgerlichen Gesetzen schuldig (*indebitum naturaliter et civiliter tale*); b) ich bin es ihm nach den bürgerlichen Gesetzen schuldig, aber nicht nach den natürlichen (*indebitum naturaliter, debitum civiliter*); c) ich bin es schuldig nach den natürlichen, aber nicht nach den bürgerlichen Gesetzen (*indebitum civiliter, debitum naturaliter*).

Im ersten Fall, wenn das indebitum naturaliter und civiliter tale ist, kann ich es repetiren; z. E. wenn eine Schuld abgetragen ist, so bin ich weder nach dem natürlichen noch bürgerlichen Recht schuldig, sie noch einmal zu bezahlen. Zahle ich also dennoch zum Zweytenmal, so kann ich die bezahlte Summe condictione indebiti zurückfordern.

Im zweyten Falle, wenn ich ein indebitum naturaliter, debitum civiliter bezahle, so war entweder die Schuld so beschaffen, daß ich mit Wirkung darauf belangt werden konnte, oder nicht. (§. 728.). Konnte ich wirksam darauf belangt werden; so hat keine condictio indebiti Statt. Z. E. wenn der depositarius das depositum miserabile abgeläugnet hat, und das duplum hat bezahlen müssen; so kann er es nicht zurückfordern. Hatte hingegen wegen der Schuld keine wirksame Klage Statt, so kann condictio indebiti angestellt werden. Z. E. wenn ich einem etwas aus Furcht oder Zwang verspreche, so bin ich nach den strengen bürgerlichen Gesetzen es zu bezahlen schuldig. Die Römer hielten ein erzwungenes Pactum für gültig (§. 1005.) Da aber dergleichen Verträge nach dem Naturrecht ungültig sind, einer, der daraus belangt wird, die exceptionem metus opponiren, und sich dadurch gegen die Klage schützen kann, mithin die Klage ohne Wirkung ist: so kann ich auch das, was ich vermöge eines erzwungenen Vertrags bezahlt habe, zurückfordern.

Im dritten Fall muß man, heißt es gewöhnlich, einen Unterschied machen: entweder war a) die natürliche Verbindlichkeit eine vollkommene, zu deren Erfüllung ich nach dem Naturrecht gezwungen werden konnte, oder b) eine unvollkommene. Wenn ich etwas bezahlt habe, wozu ich nur unvollkommen verbunden war, und gewußt habe, daß ich nur unvollkommen verpflichtet sey, so fällt die Condiction weg. Sonst könnte ich jedes Almosen, das ich einem Bettler gab, condiciren. Habe ich hingegen geglaubt, ich sey vollkommen verpflichtet, so hat die Condiction Statt (*1). Wenn hingegen die Verbindlichkeit zu bezahlen nach dem Naturrecht erzwingbar war, so ist sie entweder von den bürgerlichen Gesetzen gänzlich zernichtet, oder sie ist blos nicht bestätiget. Ist sie ganz zernichtet, so hat die condictio indebiti Statt, z. E. wenn eine Weibsperson das bezahlt, was sie aus einer Bürgschaft schuldig war, weil sie nicht wußte, daß ihre Bürgschaft sie nicht verbinde, so kann sie es repetiren. Denn obgleich die Bürgschaft nach dem Naturrecht galt, also eine natürliche Verbindlichkeit zu zahlen verhanden war; so ist doch diese von den bürgerlichen Gesetzen gänzlich destruiret (§. 727.) Ist hingegen die natürliche Verbindlichkeit blos nicht confirmirt, so hat die condictio indebiti nicht Statt. Wenn z. E. ein filius familias Geld borgt, so ist er nach dem Naturrecht schuldig, es wieder zu bezahlen. Die Römischen Gesetze bestätigen zwar diese natürliche Verbindlichkeit nicht,

aber sie zernichten sie doch auch nicht. Bezahlt also der filius familias das er-
borgte Geld, so kann er keine condictionem indebiti anstellen (*2).

(1) Indessen legt das Römische Recht in einigen Fällen der Liebespflicht die
Wirkung bey, daß, wenn ich etwas bezahle, in der Meynung, ich sey dazu voll-
kommen verpflichtet, ich es nicht zurückfordern kann, weil ich doch eine Lie-
bespflicht hatte, es zu zahlen. Man sehe L. 32. §. 2. D. de condict. indeb.
Weber von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 49.

(2) *Hert* diss. de condictione indebiti civiliter, debiti naturaliter, opusc. vol.
1. part. 3. p. 94 sqq. Ich habe im §. die Lehre von der condictione indebiti
nach den gemeinen Begriffen vorgetragen. Weber von der natürl. Verbind-
lichkeit § 75. u. f. f. zeigt aber, daß diese höchst schwankend und unzuverläßig
sind, wenn es nemlich darauf ankommt, die Zuläßigkeit der Zurückforderung
einer unpflichtigen Zahlung überhaupt zu bestimmen. Er stellt dagegen fol-
gende Sätze auf: Erste Regel: wenn die Gesetze eine Handlung verbieten,
oder als durchgängig nothwendig vorschreiben, so ist zwar das, was gegen das
Gesetz unternommen wird, nichtig. Schließt indessen jemand einen Handel
gegen die Vorschrift der Gesetze, und zahlt oder giebt etwas zu dessen Erfüllung,
so findet zwar die eigentliche condictio indebiti in sofern Statt, daß der Be-
klagte seine aus rechtswidrigen Geschäften herrührende Forderung dagegen
vergeblich in Anrege bringen würde, aber darum läßt sich noch nicht im All-
gemeinen behaupten, daß die Zurückforderung in diesen verbotenen Fällen
überhaupt Statt finde. Die condictio indebiti setzt eine Zahlung aus Irrthum
voraus, war also dieser nicht dabey vorhanden, so fällt auch hier die Zurück-
forderung weg, und kann auch selbst condictio sine causa nicht angestellt wer-
den, weil der Kläger seiner Seits ebenfalls unrecht gehandelt hat. L. 3. D.
de condict. ob turp. vel iniust. caus. Dieß hat indessen seine Ausnahmen,
und man kann das Bezahlte zurückfordern (man mag nun aus Irrthum oder
wissentlich bezahlt haben): 1) wenn der Bezahlende zu der Zeit der Zahlung
nicht über das Seinige disponiren konnte; z. B. der Pupill contrahiret ohne
des Vormundes Einwilligung und bezahlt. Ich sage: zur Zeit der Zahlung.
Wenn ich das, was ich als Pupill ungültig versprochen habe, bezahle, nachdem
ich großjährig geworden bin, so kann ich es nicht zurückfordern. 2) Wenn das
Geschäft deswegen für ungültig erklärt ist, damit nicht Jemand durch listige
Beredung um das Seinige gebracht werde. Daher kann ich ein Geschenk, das
über 300 Soliden ohne gerichtliche Insinuation gemacht worden ist, zurückfor-
dern (§. 414.). Ein anderes gilt bey den Weibspersonen, wenn sie das, was
sie aus einer Intercession schuldig sind, nicht aus Irrthum, sondern wissentlich
bezahlen. Der Grund liegt meines Erachtens in der ganz eignen Raison der
Legislation über die weiblichen Intercessionen. Eine Frau kann jede, ihr auch
schädliche, Handlung gültig unternehmen, wenn der Schaden sogleich vor Augen
liegt. Intercediren kann sie nicht, weil hier der Nachtheil entfernt und un-
gewiß ist. Bezahlt sie also das, wozu sie aus der Intercession verbunden war,
da sie doch wußte, daß sie darauf nicht belangt werden könne, so steht ihr das
Gesetz nicht bey. 3) Wenn der Vertrag aus der Ursache untersagt worden ist,
weil selbst dem gemeinen Wesen daran liegt, daß das Gegebene oder Bezahlte
dem verbleibe, der sich dessen hat entäussern wollen; z. E. wenn Jemand über

Güter, die ihm zu seinem künftigen Unterhalt vermacht sind, aussergerichtlich einen Vergleich schließt, und die vermachten Stücke weggiebt. 4) Wenn der Gläubiger, wegen des ungerechten Vortheils, den er aus dem Handel zieht, dem Gesetzgeber vorzüglich verhaßt ist, weil eigentlich nur ihm die Uebertretung der Gesetze vorzuwerfen ist: daher kann man zurückfordern, was man an Zinsen über das gesetzliche Maaß bezahlt hat; was man dem Advocaten als quotam litis gegeben hat (§. 717.). Daß man das, was man im Spiel verlohren hat, zurückfordern kann, ist etwas besonderes, da der, welcher verspielt hat, die Gesetze eben sowohl übertreten hat, als der Gewinnende. Eben so auch 5) die besondere Ausnahme, welche nach Papinians Ausspruche in L. 5. D. de condict. sine causa Statt findet. Weber ibid. §. 77. d. dritten Ausgabe.

Zweyte Regel: Wenn die Gesetze einer bißher klagbaren Verbindlichkeit ihre Wirkung völlig entzogen haben, und der Schuldner bezahlt aus Irrthum dennoch, so hat die condictio indebiti Statt. Dahin gehört z. B. wenn der Schuldner wegen gebrauchter Privatgewaltthätigkeit seines Rechts sich verlustig gemacht hat (§. 1040.); wenn ich eine Schuld bezahle, von der ich durch ein rechtskräftiges Urtheil losgesprochen worden bin.

Dritte Regel: Wenn ein Geschäft natürlich erlaubt, auch bürgerlich nicht verboten ist, indessen nach Vorschrift des Civilrechts den völligen Effect nicht hervorbringt: so hat die Condiction des zur Erfüllung des Geschäftes Bezahlten der Regel nach nicht Statt. Was also einem vermöge eines pacti nudi, oder eines pacti adiecti, welches keine Klage wirkt (§. 747.); was aus einer natürlichen Verbindlichkeit eines in fremder Gewalt stehenden Menschen (hominis alieni iuris) (§. 736.) bezahlt wird, kann nicht zurückgefordert werden. Eine Ausnahme ist bey den Schenkungen der Ehegatten. Wenn ein Ehegatte dem andern schenkt, und die Schenkung wiederruft, so kann er auch das Gegebene zurückfordern.

Vierte Regel: Wenn die natürliche Verbindlichkeit zwar vom Anfang völlig wirksam war, aber in der Folge sich Umstände ereignen, vermöge der sie nach den bürgerlichen Gesetzen den völligen Effect nicht mehr hat: so findet keine Zurückforderung Statt. Hierher ist zu zählen, wenn die Klage des Gläubigers durch die Verjährung getilgt, oder der Gläubiger im Concurs präcludirt worden ist; wenn die Gesetze dem Schuldner gestatten, von einem sonst bündigen Vertrage wegen veränderter Umstände wieder abzugehen, obgleich das natürliche Zwangsrecht ihm solches nicht erlaubt (§. 1010.).

Sonderbar sind in dieser Materie zwey Verordnungen des Römischen Rechts. Die erste: wenn ich eine Schuld eher bezahle, als ich sie zu bezahlen verbunden bin; da die condictio indebiti nicht Statt hat (§. 762.). Die zweyte: wenn ich in einem Falle eine Nichtschuld aus Irrthum bezahle, wo auf das Läugnen die Strafe des doppelten Ersatzes gesetzt ist (ubi lis infitiando crescit); da die Condiction ebenfalls wegfällt. §. 7. I. h. t. L. 4. C. de condict. indeb. (IV. 5.) Wer z. B. ein depositum miserabile abläugnet, muß es doppelt ersetzen. Gesetzt Jemand fordert mir ein solches depositum. Ich weiß mich nicht zu besinnen, ob ich es erhalten habe oder nicht, bezahle indessen auf seine Versicherung. Nun zeigt sichs, daß er mir nichts aufzuheben gegeben hat. Hier soll keine Condiction zuläßig seyn. Man s. *Vinn.* ad d. §. 7. — Der

aber sie zernichten sie doch auch nicht. Bezahlt also der filius familias das erborgte Geld, so kann er keine condictionem indebiti anstellen (**).

(1) Indessen legt das Römische Recht in einigen Fällen der Liebespflicht die Wirkung bey, daß, wenn ich etwas bezahle, in der Meynung, ich sey dazu vollkommen verpflichtet, ich es nicht zurückfordern kann, weil ich doch eine Liebespflicht hatte, es zu zahlen. Man sehe L. 32. §. 2. D. de condict. indeb. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 49.

(2) *Hert* diss. de condictione indebiti civiliter, debiti naturaliter, opusc. vol. 1. part. 3. p. 94 sqq. Ich habe im §. die Lehre von der condictione indebiti nach den gemeinen Begriffen vorgetragen. Weber von der natürl. Verbindlichkeit § 75. u. f. f. zeigt aber, daß diese höchst schwankend und unzuverläßig sind, wenn es nemlich darauf ankommt, die Zuläßigkeit der Zurückforderung einer unpflichtigen Zahlung überhaupt zu bestimmen. Er stellt dagegen folgende Sätze auf: Erste Regel: wenn die Gesetze eine Handlung verbieten, oder als durchgängig nothwendig vorschreiben, so ist zwar das, was gegen das Gesetz unternommen wird, nichtig. Schließt indessen jemand einen Handel gegen die Vorschrift der Gesetze, und zahlt oder giebt etwas zu dessen Erfüllung, so findet zwar die eigentliche condictio indebiti in sofern Statt, daß der Beklagte seine aus rechtswidrigen Geschäften herrührende Forderung dagegen vergeblich in Anrege bringen würde, aber darum läßt sich noch nicht im Allgemeinen behaupten, daß die Zurückforderung in diesen verbotenen Fällen überhaupt Statt finde. Die condictio indebiti setzt eine Zahlung aus Irrthum voraus, war also dieser nicht dabey vorhanden, so fällt auch hier die Zurückforderung weg, und kann auch selbst condictio sine causa nicht angestellt werden, weil der Kläger seiner Seits ebenfalls unrecht gehandelt hat. L. 3. D. de condict. ob turp. vel iniust. caus. Dieß hat indessen seine Ausnahmen, und man kann das Bezahlte zurückfordern (man mag nun aus Irrthum, oder wissentlich bezahlt haben): 1) wenn der Bezahlende zu der Zeit der Zahlung nicht über das Seinige disponiren konnte; z. B. der Pupill contrahiret ohne des Vormundes Einwilligung und bezahlt. Ich sage: zur Zeit der Zahlung. Wenn ich das, was ich als Pupill ungültig versprochen habe, bezahle, nachdem ich großjährig geworden bin, so kann ich es nicht zurückfordern. 2) Wenn das Geschäft deswegen für ungültig erklärt ist, damit nicht Jemand durch listige Beredung um das Seinige gebracht werde. Daher kann ich ein Geschenk, das über 300 Soliden ohne gerichtliche Insinuation gemacht worden ist, zurückfordern (§. 414.). Ein anderes gilt bey den Weibspersonen, wenn sie das, was sie aus einer Intercession schuldig sind, nicht aus Irrthum, sondern wissentlich bezahlen. Der Grund liegt meines Erachtens in der ganz eignen Raison der Legislation über die weiblichen Intercessionen. Eine Frau kann jede, ihr auch schädliche, Handlung gültig unternehmen, wenn der Schaden sogleich vor Augen liegt. Intercediren kann sie nicht, weil hier der Nachtheil entfernt und ungewiß ist. Bezahlt sie also das, wozu sie aus der Intercession verbunden war, da sie doch wußte, daß sie darauf nicht belangt werden könne, so steht ihr das Gesetz nicht bey. 3) Wenn der Vertrag aus der Ursache untersagt worden ist, weil selbst dem gemeinen Wesen daran liegt, daß das Gegebene oder Bezahlte dem verbleibe, der sich dessen hat entäussern wollen; z. E. wenn Jemand über

zurückfordern, und die Klage heißt *condictio causa data, causa non secuta*, auch *condictio ob causam datorum* und *condictitia actia* (*[2]).

Ich habe den Fall eines unbenamten Contracts unterlegt. Dieß ist so zu verstehen: wenn ich in einem benamten Contract Jemanden etwas gebe, und er den Contract nicht erfüllt; so muß ich ihn auf die Erfüllung oder auf das interesse belangen. Hingegen in den unbenamten-Contracten konnte ich das Gegebene zurückfordern; und zwar, weil die Römer in diesen Contracten die Reue erlaubten (§. 801.), selbst alsdann, wenn der Andere zur Erfüllung des Contractes bereit war. Heutigestages kann man der Regel nach in dieser Art von Contracten nicht pönitiren. Die condictio causa data, causa non secuta findet also um der bloßen Reue willen nicht Statt, sondern nur in den oben (§. 801.) angeführten Fällen.

Die condictio indebiti ist auch unterschieden von der *condictione ob injustam vel turpem causam*, denn diese setzt causam iniustam voraus, die condictio indebiti nicht; die condictio indebiti erfordert, daß die Zahlung aus Irrthum geschehen ist, welches bey der condictione ob causam turpem nicht erforderlich ist.

Die condictio ob turpem causam wird nemlich angestellt, wenn ich 1) einem etwas gegeben habe wegen einer Ursache, welche schon die gesunde Vernunft für schändlich erklärt, oder welche wenigstens von den bürgerlichen Gesetzen als schändlich angesehen wird, und zwar 2) so, daß die Schande nur den Andern trifft, welcher das Gegebene erhalten hat. Die Römischen Gesetze nemlich sagen: wenn etwas einer schändlichen Ursache wegen gegeben wird, so fällt entweder die Schande auf beyde, den Gebenden und den Empfänger (alter turpiter dat, alter turpiter accipit), oder blos auf den Gebenden, oder blos auf den Empfänger. Im ersten Fall kann das Gegebene nicht zurückgefordert werden (in pari turpitudine melior est ratio possidentis). Wenn ich einem also z. B. etwas gegeben habe, um einen Dritten zu verwunden, zu injuriren, so kann ich es nicht zurückfordern (*[3]). Im zweyten Fall, wenn die Schande allein den Geber trifft, hat die Zurückforderung eben so wenig Statt. Daher sagt Ulpian (*[4]), könne einer nicht zurückfordern, was er einer Hure gegeben habe, quia meretrix turpiter facit, quod sit meretrix, non turpiter accipit, cum sit meretrix. Hingegen im dritten Fall, wenn die Schande blos auf Seiten des Empfängers ist, kann das Gegebene durch die Condiction ex turpi causa zurückverlangt werden. Wenn also z. B. Jemand von mir Geld empfangen hat um einen Dritten nicht zu beschimpfen, nicht zu betrügen, nicht zu bestehlen rc. so kann ich es condiciren. Oder Jemand will mir nicht leisten, wozu er doch verbunden ist, mir z. B. eine geliehene deponirte Sache nicht zurückgeben, der Erbe will mir das Vermächtniß nicht auszahlen, wie er doch schuldig

ist, der Cassirer bezahlt mir meine Besoldung nicht ec. ich gebe also etwas, um zu erhalten, was mir ohnehin gehört. Auch in diesen Fällen hat condictio ob turpem causam Statt.

Die condictio ob causam iniustam (sagt man insgemein) wird angestellt, wenn ich einem etwas gegeben habe aus einer Ursache, wegen der zwar eine Klage Statt fand, aber eine solche, gegen welche ich mich mit einer Exception hätte schützen können. Pomponius giebt (*5) folgendes Beyspiel. Ich bin gezwungen worden, einem etwas durch eine Stipulation zu versprechen, und habe es auch gegeben. Hier findet die condictio ex causa iniusta Statt. Um aber richtig beurtheilen zu können, in welchen Fällen diese condictio angestellt werden kann, muß man die Grundsätze vor Augen haben und anwenden, welche in der Anmerkung zum §. 955. aufgestellt sind.

Endlich ist auch die *condictio sine causa* von der condictione indebiti unterschieden. Wenn Jemand etwas ohne rechtmäßige Ursache besitzt, worauf ich Anspruch habe, und gleichwohl keine der vorigen Condictionen Statt findet: so kann ich ihn condictione sine causa belangen (*6); z. E. wenn ich Geld bey einem deponirt habe, und er es ohne meine Erlaubniß ausleiht, so kann ich gegen den Schuldner diese Klage anstellen. Oder man denke sich den Fall, daß ich Jemanden Geld auf eine Handschrift schuldig war; daß ich diese Schuld ablege, und nun doch die Handschrift nicht in Güte von ihm zurück erhalten kann. Hier fordere ich sie condictione sine causa zurück.

(1) Wenn der Empfänger durch Zufall verhindert wird sein Versprechen zu erfüllen, so kommt es darauf an, ob er noch Vortheil aus dem Geschäft hat (versatur in lucro) oder nicht. Im ersten Fall hat die Condiction Statt, im letzten fällt sie weg, oder man muß den Empfänger wenigstens entschädigen. Z. B. ich gebe einem etwas zu dem Ende, daß er eine gewisse Reise machen soll, er wird durch Krankheit daran verhindert. Hier kann ich das Gegebene zurückfordern, wenn der Andere sich noch keine Kosten wegen der Reise gemacht hat. Hat er dieß gethan, so muß ich sie ihm ersetzen. L. 5. pr. et §. ult. D. de cond. caus. dat. caus. non secut. Nur bey dem Tauschcontract ist es etwas Eignes, daß wenn die Sache, die mir der Andere für die meinige geben sollte, durch Zufall umkommt, ich die meinige nicht zurückfordern kann. L. 5. §. 1. vers. sed si D. de praescr. verb. *Schulting* thes. controv. dec. 42. th. 9. sqq. Uebrigens finden sich in dieser Lehre viele Schwierigkeiten; besonders macht L. ult. D. de cond. caus. dat. den Auslegern viel zu schaffen. Man s. *Noodt* diss. ad h. l. in *Oelrichs* thesaur. nov. Vol 2. Part. 2. n. 10.

(2) In der L. 3. C. de donat. quae sub mod. (VIII. 55.)

(3) Daß bey Spielschulden etwas anders Rechtens sey, indem man verspieltes Geld zurückfordern kann, obgleich der Geber und Empfänger in pari turpitudine sind, habe ich vorhin (§. 955.) bemerkt.

(4) L. 3. §. 4. D. de condict. indeb. Ulpian nennt aber dieß selbst rationem *novam*, einen sonderbaren Grund. *Schulting* l. c. dec. 43. th. 2. Einige behaupten, die Huren hätten in Rom sogar den Hurenlohn einklagen können.

Dieß widerlegt aber Weber von der natürlichen Verbindlichkeit, S. 267. ꝛc.
(5) L. 7. D. de cond. ob turp. vel iniust. caus.
(6) Indessen kann sie doch angestellt werden, wenn gleich eine andere Klage Statt findet. L. 2. D. de cond. sin. caus.

TIT. XXIX.

PER QUAS PERSONAS NOBIS OBLIGATIO ADQUIRITUR.

§. 958. Wer kann mir ein persönliches Recht erwerben?

Oben (im 2. B. 9. Titel) haben wir die Personen kennen gelernt, durch welche sich Jemand dingliche Rechte erwerben kann. Diese sind nemlich a) meine filii familias, b) meine Sklaven, c) meine Bevollmächtigte. Hier ist die Frage: welche Personen mir ein persönliches Recht erwerben, und eine Verbindlichkeit zuziehen können? Die Antwort habe ich oben (§. 738.) gegeben.

§. 959. Wer kann mir eine Verbindlichkeit auflegen?

Auch Verbindlichkeiten können mir aufgelegt werden durch meine *filios familias*, durch meine Sklaven und durch Bevollmächtigte. In welchen Fällen ich durch die Contracte meiner Kinder und Sklaven verpflichtet werden kann, werden wir im 7ten Titel des 4ten Buchs hören. Daß ich verpflichtet werde, wenn mein Bevollmächtigter seiner Vollmacht gemäß einen Contract schließt, haben wir im 932. §. gesehen.

DE NONNULLIS, QUAE PLURIBUS CONTRACTIBUS COMMUNIA SUNT.

§. 960. Von der Evictionsleistung.

Noch einige Lehren sind übrig, welche die Contracte überhaupt angehen. Dahin gehört zuerst die Materie von der Evictionsleistung. Wenn Jemand mit einem Andern wegen eines Rechtes Proceß anfängt und gewinnt, so sagt man, er habe das Recht evinciret, erstritten. Ersetze ich Einem den Schaden, den er durch die Eviction leidet, so heißt es, ich prästire ihm die Eviction, leiste ihm die Gewähr. Die Eviction ist also nicht immer, wie die gemeine Definition lautet, eine ablatio rei. Mir kann eine Sache evincirt werden, die ich nie besessen habe; z. E. ich kaufe Einem eine Sache ab, die ein Dritter im Besitz hat, und auf die er Ansprüche macht; ich stelle gegen diesen eine Klage an, verliere aber den Proceß. In diesem Fall ist mir die Sache nicht weggenommen, denn ich habe sie noch nicht gehabt, aber sie ist mir gleichwohl evincirt worden.

§. 961. Gründe, die Evictionsleistung zu fordern.

Wer von Andern die Eviction geleistet haben will, muß dazu einen rechtlichen Grund haben. Dieser kann liegen, 1) in der Natur des Geschäftes, 2) in einem besondern Vertrag, 3) im Betrug des Andern. Wir wollen diese rechtlichen Fundamente nach der Reihe durchgehen.

§. 962. Und zwar deren erster.

Der erste Grund der Evictionsleistung ist die Natur des Geschäftes. So oft nemlich Jemand ausdrücklich oder stillschweigend erklärt, daß er ein gewisses Recht auf mich transferiren wolle, dergestalt, daß ich es haben und behalten solle, dieses Recht mir aber gleichwohl von einem Dritten abgestritten wird; so kann ich die Evictionsleistung fordern. Daher kann sie gefordert werden a) im Kauf. Denn wenn ich Einem eine Sache verkaufe, so erkläre ich implicite, er soll sie haben, behalten und gebrauchen können. Eben so ist es b) bey dem Tausch; c) bey der Gebung an Zahlungsstatt (§. 976.); d) bey der Theilung gemeinschaftlicher Sachen. Z. E. wenn zwey Miterben A. und B. eine gemeinschaftliche Erbschaft vertheilen, und A. das Wohnhaus annimmt, darauf aber ein Dritter kommt, Anspruch an das Haus macht, und den Proceß gewinnt: so ist B. schuldig, den A. zu entschädigen, schuldig, ihm die Eviction zu leisten; e) bey der Vermiethung: z. E. wenn ich Einem ein Haus auf 5 Jahre vermiethet habe, und ein Dritter es binnen dieser Zeit evinciret; so muß ich dem Miethsmann die Gewähr leisten. f) Ja auch bey der Schenkung kann zuweilen die Evictionsleistung gefordert werden. Wenn ich nemlich Einem eine Sache dergestalt schenke, daß ich sie ihm, ohne vorhergegangenes Versprechen, sogleich übergebe, so bin ich der Regel nach die Eviction zu leisten nicht schuldig. Verspreche ich Einem, etwas zu schenken, ehe ich es übergebe, und zwar ein Individuum, z. E. diese meine Taschenuhr: so bin ich eben so wenig zur Evictionsleistung verbunden. Endlich wenn ich Einem ein genus zu schenken verspreche, z. E. ein Reitpferd, nicht dieses, jenes Reitpferd, sondern ein Reitpferd überhaupt, und ihm nun ein Stück übergebe, das nicht mein gehört, das ihm evincirt wird: so bin ich schuldig, ein anderes zu substituiren (*1).

(1) Dieß ist die richtigere Meynung, wie Herr Canzler Koch in seiner diss. de evictione in donatione non indistincte praestanda. (Jen. 1756.) §. 26. sqq. gezeigt hat.

§. 963 Zweyter und dritter Grund.

Das zweyte Fundament, worauf sich die Evictionsleistung gründen kann, ist ein Vertrag. Zuweilen liegt in der Natur des Geschäftes keine Verbindlichkeit zur Gewährleistung, sie wird aber ausdrücklich versprochen. Wenn ich Einem z. E. eine Sache ohne vorhergehendes Versprechen schenke, so kann er keine Eviction fordern, wie wir im vorigen §. hörten. Verspreche ich ihm

aber die Evictionsleistung ausdrücklich, so hat er ein Recht darauf. Bey den Römern wurde dieser Vertrag in eine Stipulation eingekleidet, und man ließ sich auf den Evictionsfall den doppelten, dreyfachen oder vierfachen Werth der Sache versprechen (stipulatio duplae, triplae, sc. aestimationis).

Das dritte Fundament der Evictionsleistung ist Betrug. Wenn Jemand nach der Natur des Geschäftes keine Eviction zu leisten schuldig war, auch keine ausdrücklich versprochen, aber betrüglich gehandelt, nemlich mir wissentlich eine fremde Sache als seine eigene übergeben hat: so muß er die Eviction leisten. Z. E. wenn mir Einer eine Sache, von der er weiß, daß sie nicht sein ist, ohne vorhergängiges Versprechen als ein Geschenk übergiebt, so muß er seines Betrugs wegen die Eviction leisten (*[1]).

(1) L. 18. §. 3. D. de donat. *Koch* l. c. §. 24.

§ 964. Von der Litis Denunciation.

Wenn ich will, daß mir mein Autor, das heißt der, von welchem ich die Sache adquirirt habe, die Eviction leiste, so muß ich ihm *litem* denunciiren. Man versteht unter der Litis Denunciation die Handlung, wodurch ich den, gegen welchen mir der Regreß zusteht, benachrichtige, daß ich gerichtlich belangt worden sey, und von ihm verlange, daß er mich gegen den Kläger vertheidigen helfe. Also setzt sie voraus, a) daß ich belangt werde; b) daß mir der Regreß gegen einen Andern zusteht, das heißt, daß mir ein Anderer auf den Fall, wenn ich den Proceß verliere, allen Schaden ersetzen muß; c) daß ich diesem von dem Proceß Nachricht gebe, und seinen Beystand verlange. Z. E. ich habe vom A. ein Haus erkauft, B. nimmt dieses Haus als sein Eigenthum in Anspruch. Verliere ich den Proceß, so habe ich den Regreß gegen den A., dieser muß mich entschädigen. Ich mache ihm also bekannt, daß ich wegen des Hauses belangt worden sey, und fordere ihn zum Beystand auf; verlange, daß er mir Argumente an Hand gebe, wodurch ich beweisen kann, daß das Haus mein, und des Klägers Anspruch ungegründet sey (*[1]).

(1) Die Litis-Denunciation hat übrigens nicht nur in dem Fall Statt, der im §. angeführt ist, wenn ich den Beystand meines Autors der Eviction wegen nöthig habe; sondern in jedem Fall, wo ich den Regreß gegen Jemand zu nehmen befugt bin. So kann z. E. der Bürge, welcher belangt wird, dem Hauptschuldner litem denunciiren. Wenn ich die Litis-Denunciation unterlasse; so verliere ich den Regreß, wo nicht das Recht des Gegentheils so offenbar war, daß sich nichts mit Bestand dagegen einwenden ließ. L. 11. §. 12. D. de Act. emti. L. 53. §. 1. D. de evict. *Pufendorf* obs. Tom. 2. obs. 35. §. 16. Weber Beytr. zur Lehre von Klagen. I. 5.

§. 965. Von den Zinsen.

Sehr oft werden in den Contracten auch Zinsen gefordert. Man versteht darunter einen Lohn, den ich für den Gebrauch einer schuldigen Quantität von fungiblen Sachen bezahle. Also die Zinsen setzen voraus, a) daß ich einem

eine Quantität fungibler Sachen schuldig bin, z. E. eine Ohm Wein, hundert Thaler, zehn Malter Korn; b) daß ich ihm für den Gebrauch dieser Quantität eine Vergütung gebe (*1). Die Zinsen sind also unterschieden vom Miethgeld. Dieß wird für den Gebrauch einer nicht fungiblen Sache oder für geleistete Dienste bezahlt. Beydes, die Zinsen und das Miethgeld, sind eine Gattung von Früchten, und zwar von fructu civili (§. 329.). Die Quantität, für deren Gebrauch ich Zinsen bezahle, heißt sors, das Capital, der Hauptstamm, Hauptstuhl.

Bey den Zinsen sind vier Stücke zu betrachten: 1) das gesetzliche Fundament, 2) daß gesetzliche Maaß, 3) die gesetzliche Dauer, und 4) die verbotene Vervielfältigung. Wenn sich Jemand Zinsen ohne ein gesetzliches Fundament, oder über das gesetzliche Maaß bezahlen läßt, oder sie auf unerlaubte Art vervielfältigt, so sagt man: er treibe Wucherey (*usurariam pravitatem*) (*2).

(1) Ich sage, für den Gebrauch; nemlich für den, welchen ich entweder wirklich gemacht habe, oder doch hätte machen können. Wenn ich eine Summe schuldig bin, und sie nicht zu rechter Zeit bezahle, so muß ich Zinsen entrichten (§. 966.), ob ich gleich das Geld in den Kasten gelegt, und nicht gebraucht habe.

(2) In welchen Fällen die in den Reichsgesetzen dictirte Strafe des Wuchers eintrete, davon s. *Koch* instit. iur. crim. §. 620. Quistorp peinl. Recht §. 443.

§. 966. Fundamente der Zinsen.

Insgemein sagt man, das Fundament der Zinsen ist entweder ein Vertrag, oder Saumseligkeit (pactum, aut mora). Einige setzen hinzu: oder letzter Wille; noch Andere: Verordnung der Gesetze. Anders bestimmt Weber (*1) die Sache, und zwar folgendergestalt. Die Verbindlichkeit, Zinsen zu zahlen, entspringt entweder unmittelbar aus einem Gesetz, oder aus einem obligatorischen Factum. Wenn sie unmittelbar aus dem Gesetz entspringt, so ist der Grund entweder das gemeine Recht, oder ein Privilegium des Gläubigers. Vermöge des gemeinen Rechts muß ich dem, der meine Geschäfte besorgt, und Auslagen für mich thut, Zinsen von den ausgelegten Geldern bezahlen (*2). Wegen eines Privilegiums ist man den Pupillen und Minderjährigen Zinsen von einem schuldigen Capital zu bezahlen verbunden, wenn man ihnen gleich keine versprochen hat, auch nicht auf die Schuld gemahnt worden ist (*3).

Das obligatorische Factum ist entweder ein Vertrag, oder ein einseitiges Factum. Ein Vertrag verpflichtet in Deutschland ohne Unterschied zur Zinszahlung, nach Römischem Rechte nur in gewissen Fällen (*4). Das einseitige Factum ist entweder erlaubt oder unerlaubt.

Erlaubte einseitige Handlungen, wodurch eine Verbindlichkeit zur Zinszahlung entsteht, sind: 1) die Antretung einer Erbschaft, und die Anerkenntniß



des letzten Willens, wenn nemlich der Erblasser dem Erben befohlen hat, Zinsen zu bezahlen (*5). 2) Eine Pollicitation und ein Gelübde, wenn man damit Zinsen versprochen hat (*6). 3) Wenn ein procurator oder negotiorum gestor fremde Gelder ausleihet, und Zinsen davon ziehet. Diese ist er dem Principal zu verrechnen schuldig (*7). 4) Der Käufer, welcher die Früchte der erkauften Sachen genießt, muß den Kaufschilling verzinsen (§. 880.) (*8).

Unerlaubte einseitige Handlungen sind: 1) Saumseligkeit (mora) (*9). 2) Ein jedes Factum, wodurch mir der Nutzen meines Geldes von einem Andern entzogen wird, z. E. wenn Jemand unbefugter Weise einen Arrest auf eine mir gehörige Summe legen läßt (*10). 3) Der Verwalter meiner Geschäfte muß mir die Zinsen ersetzen, welche er hätte ziehen können und nicht gezogen hat (*11). 4) Wer fremde Gelder, ohne daß er dazu berechtigt ist, in seinen Nutzen verwendet, z. E. ein Gesellschafter, Mandatar, Depositar, Vormund rc. (*12).

(1) Weber über die rechtlichen Gründe der Verbindlichkeit, Zinsen zu bezahlen; in den Versuchen üb. d. Civilrecht rc. Num. III.

(2) L. 12. §. 9. D. mand. L. 19. §. 4. D. de negot gest.

(3) L. 5. C. de act. et emt. et vendit. (IV. 49.). Strube rechtl. Bed. 3. Band, 94. Bed. *Müller* ad *Leyser* Obs. 439.

(4) Nemlich bey stricti iuris Contracten, und im Darlehn können durch eine Stipulation der Regel nach Zinsen gültig versprochen werden. Bey negotiis bonae fidei muß der Vertrag dem Contract sogleich angehängt werden. In einigen Fällen können auch durch ein nudum pactum Zinsen von dargeliehenem Gelde gültig versprochen werden. Dahin gehört, a) wenn einer Stadt, oder b) einem Argentarier Zinsen versprochen werden; c) das foenus nauticum, und d) das Getreide-Darlehn §. 747. *Weber* l. c. §. 5. 6. 8.

(5) L. 3. §. 6. D. de ann. legat.

(6) L. 10. D. de pollicitat.

(7) L. 10. §. 4. D. mand. L. 19. §. 4. D. de negot. gest.

(8) L. 13. §. 20. L. 5. C. de act. emt. (IV. 49.) Viele Juristen behaupten: Jeder, der dem Fiscus ein Capital schuldig sey, müsse Zinsen bezahlen, wenn er gleich keine versprochen habe, auch nicht saumselig sey. Allein die Stellen, die man zum Beweis anführt, L. 17. §. 5. L. 43. D. de usur. reden von saumseligen Schuldnern.

(9) Daher müssen Zinsen zahlen a) die Einnehmer öffentlicher Gelder, wenn sie diese nicht sogleich, als sie es schuldig sind, an die Behörde einschicken. L. un. C. de aur. publ. persecț. (X. 72.) L. 1. C. de can. largit. tit. (X. 23). *Leyser* sp. 244. med. 5. b) Wer durch ein richterliches rechtskräftiges Urtheil zur Zahlung einer Summe verurtheilt ist, muß nach Verlauf von 4 Monaten das Capital mit 12. Procent verzinsen, wenn ihm gleich in der Sentenz keine Zahlungsfrist gesetzt, er auch vom Gläubiger nicht gemahnt worden ist. Das Gesetz bestimmt ihm die Frist und setzt ihn in Verzug. L. 2. C. de usur. rei iud. (VII. 54.) *Leyser* sp. 224. med. 7. Nach dem Römischen Recht verpflichtet in den negotiis stricti iuris die mora nicht zur Zinszahlung. Auch im Darlehn bezahlt man des bloßen

Verzugs wegen keine Zinsen, und eben so wenig ist der Schenker dazu verbunden, L. 22. D. de donat. Heutigestags muß der Schuldner in allen Fällen, so bald er saumselig ist, Zinsen entrichten, nur in Ansehung des Schenkers ist eine Ausnahme zu machen. Strube rechtl. Bed. 5. Band. 173. Seite. — Weber von der natürl. Verbindl. §. 99. n. 4. Wann übrigens der Schuldner in mora sey, s. §. 755. In Fällen, wo Gesetz oder Privatbestimmung keine gewisse Zahlungszeit vestgesetzt haben, ist auch schon die außergerichtliche Mahnung zur mora, mit zur Verbindlichkeit der Zinsenzahlung hinreichend. Die Gesetze reden von der Interpellation ganz allgemein. L. 32. pr. D. de usuris. L. 20. §. 11. D. de hereditat. pet. L. 23. L. 127. D. de Verbor. obligat. Dagegen wird zwar in L. 35. D. de usuris der Litiscontestation, aber nicht als ausschließend nothwendig erwähnt. *Coccei* iur. controv. XVII. 1. 9. Klein Annalen der Gesetzgeb. u. Rechtsgel. V. 122. W.

(10) *Leyser* l. c. med. 4.

(11) L. 19. §. 4. D. de negot. gest.

(12) L. 1. §. 1. D. de usur. L. 10. §. 8. D. mandat. L. 28. in fin. D. depos. L. 7. 10. et 12. D. de admin. et peric. tut. L. 2. C. de usur. pupill. (V. 56.) Und zwar soll der Vormund 12 Procent zahlen.

§. 967. Von der Quantität, der Dauer und Vervielfältigung der Zinsen.

Ehe ich das gesetzliche Maaß der Zinsen bestimme, will ich die Römischen Benennungen erklären. Man bemerke also, die Römer bezahlten die Zinsen gewöhnlich alle Monate. As hieß bey ihnen ein Pfund (§. 488.), desgleichen eine Kupfermünze, die in den ältesten Zeiten ein Pfund wog. Den assem, sowohl das Pfund als die Münze, theilten sie in zwölf Theile. Einer dieser Theile hieß *uncia*, zwey Theile *sextans*, drey Theile *quadrans*, vier Theile *triens*, fünf Theile *quincunx*, sechs Theile *semis*, sieben Theile *septunx*, acht Theile *bes* u. s. w. (§. 488.). Daher entstehen die Namen der verschiedenen bey den Römern üblichen Procente, welche sich am besten in einer Tabelle werden darstellen lassen.

Das Capital besteht aus 100 Assen.

Wenn jeden Monat gezahlt wird:	so beträgt dieß in 12 Mon. oder im ganzen Jahr:	Diese Zinsen heißen also:
1 *uncia* oder $\frac{1}{12}$ eines assis.	1 *assem*, oder 1 Procent.	foenus unciarium.
Sextans — $\frac{2}{12}$ — —	2 *asses*, — 2 —	usurae sextantes.
Quadr. — $\frac{3}{12}$ — —	3 — — 3 —	usurae quadrantes.
Triens — $\frac{4}{12}$ — —	4 — — 4 —	usurae trientes.
Quinc. — $\frac{5}{12}$ — —	5 — — 5 —	usurae quincunces.
Semis — $\frac{6}{12}$ — —	6 — — 6 —	usurae semissales.
Bes — $\frac{8}{12}$ — —	8 — — 8 —	usurae bessales.
Ein ganzer as, oder der 100 Theil des Capitals,	12 — — 12 —	usurae centesimae.

Dieses vorausgesetzt, bemerke man weiter: die Gesetze der zwölf Tafeln erlaubten nur foenus unciarium oder 1 Procent. Das Gesetz wurde aber nicht beobachtet. Man stieg mit den Zinsen bis auf 12 Procent. Nach Justinianeischem Recht sind in einigen Fällen zwölf, in andern nur acht, sechs, vier und drey Procent erlaubt (*1). In Deutschland sind die usurae *ex mora* durch den Deputationsabschied vom Jahr 1600. §. 139. auf fünf Procent gesetzt. Wenn jedoch der Gläubiger behauptet, daß sich sein interesse höher belaufe, so soll er mit dem Beweis gehört werden. In dem jüngsten Reichsabschied §. 174. sind die Zinsen *ex conventione* ebenfalls auf fünf Procent eingeschränkt. Ob aber dieses Gesetz ganz allgemein, oder nur von den im dreyßigjährigen Krieg ruinirten Schuldnern zu verstehen, und ob heutigestages erlaubt sey, sich sechs Procent versprechen zu lassen, ist zweifelhaft (*2). An dem Reichskammergericht ist die Meynung angenommen, daß man sich nicht mehr als 5 Procent versprechen lassen könne (*3). Wer sich sechs stipulirt hat, und gegen den Schuldner klagt, muß in der Klagschrift auf den sechsten Zinsthaler renunciiren. Am Reichshofrath aber hält man es für erlaubt, sich sechs Procent versprechen zu lassen (*4), und dieses gilt auch in den meisten deutschen Provinzen (*5).

Die gesetzliche Dauer der Zinsen besteht darin, daß sie das Capital nicht übersteigen dürfen. — Die Gesetze finden es unzulässig, daß das accessorium mehr betragen solle als das principale. — Wenn nemlich die Zinsen zusammen dem Capital gleich sind, so hört der Zinslauf auf. Z. E. ich habe im Jahr 1760. 1000 Thlr. auf 5 Procent erborgt. Diese Zinsen betragen im Jahr 1780. wieder 1000 Thlr. Von diesem Jahr an also hören die Zinsen auf, und ich kann keine mehr fordern. Nach der Nov. 121. ist die Regel allgemein; sie gilt sowohl in dem Fall, wenn der Schuldner die Zinsen abgetragen hat, als wenn sie aufgeschwollen sind. Hingegen nach der L. 10. C. cit. (IV. 32.) hat sie nur im letzten Falle Statt, und da die Novelle nicht glossirt ist, so ist sie in der Praxis nicht angenommen (*). An dem Reichskammergericht wird weder auf die Novelle, noch auf L. 10. C. gesprochen (*6), denn der Satz, daß die Zinsen das Capital nicht übersteigen sollen, ist ganz vernunftwidrig. Auch bey vielen Reichsständischen Gerichten wird auf das Römische Recht nicht erkannt (*7).

Die Vervielfältigung der Zinsen ist, wenn man Zinsen von Zinsen nimmt, oder wie es heißt, einen *anatocismum* begeht. Dieß ist verboten. Wenn mir z. E. Jemand im Jahr 1780. 1000 Thlr. Capital und 50 Thlr. Zinsen schuldig ist, so darf ich im Jahr 1781. von den 50 Thlr. keine Zinsen nehmen. Der Grund ist, weil ein armer Schuldner durch den anatocismum in ungeheure Schulden kommen, und ruinirt werden würde. Wenn z. E.

Jemand einen Gulden borgt, wöchentlich zwey Heller Zinsen davon verspricht, und die Zinsen immer zum Capital geschlagen werden, so steigt die Schuld in zwanzig Jahren bis auf 2392 fl. (*8).

(1) *Ayrer* diss. de arbitrio iudicis circa usuras pecun. mutuatic. §. 13. Justinians merkwürdiges Gesetz L. 26. C. de usur. erklärt ausführlich *Io. Strauch* in diss. de centesimis usur. et foenore unciario, in opusc. Hal. 1739. ed part. 3. n. 3.

(2) Joh. Gottfrid von Meiern in s. Gedanken von der Rechtmäßigkeit des sechsten Zinsthalers, Hannover 1732. Seite 165. u. f. f. Ein Ungenan[n]ter schrieb dagegen: Refutation der Meierschen Gedanken ꝛc. Diesem setzte v. Meiern entgegen: Antwort auf die sogenannte Refutation. Hannover 1734. 4. Für die Rechtmäßigkeit des sechsten Zinsthalers streiten auch *Henr. Bodinus* diss de usuris licitis ultra quincunces. *Io. Tob. Reinharth* diss. de usurar. pravitate, §. 16. *Ayrer* diss. cit. §. 14. Hufeland Beyträge zur Berichtigung der positiven Rechtswiss. 1. Stück. Num. 2. Man s. aber Gerstlacher in s. Handbuche der deutschen Reichsgesetze 10. Band, 2119. ꝛc. S. und Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 65.

(3) v. Meiern am a. O. Seite 139. v. Cramer N. St. 80. Theil, 113. Seite. Doch kann auch an der R. Cammer der sechste Zinsthaler, wenn er bezahlt ist, nicht condictione indebiti zurückgefordert werden. Cramer am a. O.

(4) v. Meiern S. 151. u. f. f.

(5) *Mev.* p. 4. dec. 205. n. 8. *Stryk* us. mod. tit. de usur. §. 11 et in caut. contr. sect. 2. cap. 1. n. 25. *Ayrer* diss. cit. §. 14. Im Hessendarmstädtischen sind durch eine Verordnung vom 4. May 1713. 6 Procent erlaubt.

(*) Die Gesetzstellen der Pandecten verwerfen die Zinsen, welche das Capital übersteigen (ultra duplum) ganz allgemein, L. 26. §. 1. D. de condict. indeb. L. 9. pr. D. de usur. L. 4. §. 1. D. de naut. foen. Die L. 10. C. cit. will aber die bereits bezahlten Zinsen aus diesem Grunde nicht angefochten wissen. Hingegen L. 27. 29. und L. 30. C. de usur. erklären auch das bereits Bezahlte für ungebührlich, in sofern es die Summe des Capitals überschreitet. Allein auch diese Gesetze sind eben so wenig, als die angeführte Novelle glossirt, und daher auch in der Anwendung nicht geltend. §. 15. W.

(6) *Cramer* tom. 1. obs. 23. et obs. 102.

(7) *Pufendorf* tom. 1. obs. 14. Struben rechtl. Bed. 3. Th. 33. Bed. v. Zangen Rechtserörterungen 2. Band 137. u. f. f. S. — Gegen die Anwendung des Römischen Rechts in Ansehung dieser Zinsen streitet zwar besonders auch Langsdorf von den usuris ultra alterum tantum, und deren Rechtmäßigkeit im teutschen Reiche. Mannheim 1778. Allein ganz überzeugende Gründe lassen sich für diese Meynung nicht anführen. Die Aussprüche des kaiserl. Kammergerichts und anderer Gerichtshöfe machen kein gemeines Recht für Deutschland. Ganz vernunftwidrig ist auch diese Einschränkung der Zinsen nicht; oder man müßte alle Vorschriften, die sich in odio usurarum gründen, als an sich ungültig verwerfen. Daß die Reichsgesetze im Allgemeinen 5 Procent erlauben, betrift die Quantität, nicht den Lauf der Zinsen, der also in Ermangelung einheimischer Gesetze nach dem Römischen Recht zu bestimmen ist. W.

(8) Estor Deutsches Recht. 2. Band. 344. Seite. Ist es erlaubt, wenn ich einem

ein Capital borge, die Zinsen zum voraus abzuziehen, oder, wie man es kurz ausdruckt, ist die Anticipation der Zinsen erlaubt? Gewiß ist, daß sie unerlaubt ist, wenn sie einen Wucher enthält, wenn der Gläubiger dadurch höhere Zinsen bekommt, als er nehmen darf. Wenn z. E. in einem Lande nur 5 Procent zu nehmen verstattet ist, ich einem 1000 Rthlr. vorschieße, und sogleich die Zinsen eines Jahres mit 50 Thalern abziehe, so nehme ich mehr als 5 Procent; denn ich gebe ihm nicht mehr als 950 Thaler; diese tragen aber nur 47½ Thaler Zinsen. Wie aber, wenn in der Anticipation der Zinsen kein verbotener Wucher steckt; wenn ich einem z. E. die 1000 Thaler zu 4 Procent borge, und sogleich die Zinsen eines Jahres mit 40 Thaler abziehe. Ist auch jetzt die Anticipation unerlaubt? Davon kann ich mich nicht überzeugen. Man führt zwar 1) L. 26. §. 1. C. de usur. (IV. 32.) an, wo Justinian das gesetzliche Maaß der Zinsen bestimmt, und alsdann fortfährt: interdicta licentia creditoribus ex pecuniis aliquid detrahere vel retinere siliquarum nomine, vel sportularum (unter dem Namen Provision, Zählgeld u. dgl. würden wir sagen) vel alterius cuiuscunque causae. Nam si quid huiusmodi factum fuerit, principale debitum ea quantitate minuetur; ut tam ipsa minuenda pars, quam usurae eius exigi prohibeantur. Wenn ich z. E. 1000 Thaler vorschieße, und 10 Thaler als Provision abziehe, so kann ich nur 990 Thlr. Capital, und Zinsen von 990 Thalern fordern. Allein einmal ist hier von keiner Anticipation der Zinsen die Rede, und fürs andere verbietet Justinian, wie die Connexion zeigt, nur dergleichen Abzüge, in so fern sie wucherlich sind. Man sagt ferner, 2) wenn die *Zinsen* anticipirt würden, so müßte der Schuldner ein höheres Capital verzinsen und wiedergeben, als er bekommen habe. Allein er willigt ja darein, und der Vertrag: ich will mehr wiedergeben, als ich erhalten habe, ist gültig, in so fern darin kein Wucher steckt. (§. 768.) Der Schuldner giebt auch wirklich nicht mehr wieder, als er bekommen hat, er giebt nur die Zinsen eher, als er das Capital gebraucht hat. Man s. *Leyser* sp. 243 m. 9. ibique *Müller*. *Pufendorf* Tom. 3. obs. 68. Meisters practische Bemerkungen 1. Band 2. Bem.

§. 968. Vom Interesse.

Wenn mir Jemand Schaden thut, eine Sache nicht giebt, die er mir zu geben schuldig ist, eine schuldige Summe nicht bezahlt, meine Sachen stiehlt, zernichtet, verdirbt u. s. w. so verliere ich a) die Sache selbst, oder ihren Werth ganz oder zum Theil. Ich kann aber auch b) noch ausserdem manchen andern Schaden dabey leiden, und c) manchen Vortheil verlieren, den ich ausserdem würde erworben haben. Der Schade nun, den ich ausser dem Verlust der Sache oder des Werthes leide (*damnum emergens*, wie man ihn nennt) und der Vortheil, den ich entbehren muß (*lucrum cessans*), heissen, zusammen angeschlagen, *id quod interest*, das *interesse*. Dahin gehört z. E. a) die nach der mora des Schuldners geschehene Vermehrung des Werthes. Jemand sollte mir am 1. Jan. 1780. Weizen liefern. Er liefert nicht, und nun steigt der Fruchtpreiß. Ferner gehören dahin b) Unkosten von mancherley Art. Ich reise z. E. an den Lieferungsort, mein Schuldner aber bleibt aus. Diese vergebliche Reisekosten gehören zum interesse. c) Die Conventionalstrafe, welche

welche ich wegen der Saumseligkeit meines Schuldners bezahlen mußte. A. hat mir 100 Stück Pferde am 1. Jan. 1780. zu liefern versprochen, ich habe diese Pferde wieder zur Armee zu liefern zugesagt, und auf den Unterlassungsfall mich zu einer Conventionalstrafe verpflichtet. A. liefert nicht, ich kann also auch nicht Wort halten, und muß die Strafe erlegen (*1). d) Der Verlust an einem Pfande. Ich konnte das Pfand nicht einlösen, weil mich der Andere nicht zur bestimmten Zeit bezahlte, und es wird daher um einen geringen Preis verkauft (*2). e) Der Abgang an dem Werth anderer Sachen. Jemand schießt mir ein Pferd aus einem Gespanne todt, und vermindert dadurch den Werth der übrigen (*3). f) Alle Früchte und andere accessoria, die ich entbehren muß. g) Der Gewinn, den ich durch die Sache hätte machen können. Jemand verspricht mir auf die Herbstmesse 1780. in Frankfurt eine Summa Geld zu zahlen. Er zahlt nicht und ich kann daher die Waaren nicht mit Vortheil einkaufen, die ich kaufen wollte (*4). Nur ist zu bemerken: 1) der Schaden, den ich leide, muß nicht auf andere Art haben abgewendet werden können. Hieher gehört der Fall, den Paullus anführt (*5). Jemand unterläßt, mir den versprochenen Weizen zu liefern, und meine Sklaven verhungern deswegen. Den Werth der Sklaven kann ich nicht fordern, sagt Paullus. Er setzt dabey ohne Zweifel voraus, daß ich anderwärts her hätte Lebensmittel anschaffen können. So auch 2) der Vortheil, den ich hätte haben können, muß nicht nur eines Theils gewiß (*6), sondern ich muß auch ausser Stand gewesen seyn, ihn auf andere Weise zu bewirken. Wenn daher Paullus a. a. Ort behauptet, neque enim si potuit ex vino negotiari et lucrum facere, id aestimandum est: so nimmt er, glaube ich, den Fall an, wo ich anderwärts her Wein bekommen und damit handeln konnte. Auf gleiche Weise erkläre ich mir Hermogenians Worte (*7), wo es heißt: wenn der Käufer nicht zur bestimmten Zeit zahle, so könne der Verkäufer zwar die Zinsen des Kaufschillings, aber nicht den Profit verlangen, welchen er durch Handel mit dem Kaufschilling hätte machen können (*8). Will er diesen Gewinn fordern, so muß er beweisen, daß er kein Geld liegen hatte, auch keins geborgt bekommen konnte, um sich jenen Vortheil zu verschaffen.

Zwey Klagen, die auf das interesse gehen, sind *condictio triticiaria*, und *de eo quod certo loco*. Wenn mir Jemand etwas aus einem bonae fidei Contract schuldig war: und es nicht zu rechter Zeit prästirte: so konnte ich aus dem Contract selbst auf das interesse klagen. Bey stricti iuris Contracten aber gieng dieß nicht an. Daher erfand der Prätor zu diesem Ende eine besondere Klage, welche condictio triticiaria heißt (*9).

Mit der condictione de eo quod certo loco hat es folgende Bewandniß. Wenn mir Jemand in einem stricti iuris Contract eine Sache an einem

gewissen Ort zu leisten versprochen hatte, so konnte ich ihn nirgends anders als an diesem Orte belangen; er war auch nicht schuldig anderwärts zu liefern. Gesetzt aber, er ließ sich an dem bestimmten Orte nie finden, wollte oder konnte nicht dahin kommen. Jetzt hatte ich gar kein Mittel zu dem Meinigen zu gelangen. Der Prätor aber kam gegen diese Strenge der Gesetze zu Hülfe. Er erlaubte mir in seinem Edict, a) meinen Schuldner auch an seinem Wohnorte zu verklagen, ja auch b) von ihm zu verlangen, daß er mir daselbst die Lieferung leiste. War diese Veränderung des Lieferungsortes mir nachtheilig; so konnte ich das *Interesse loci* fordern. Litt hingegen der Schuldner Schaden dabey, so mußte ich ihm das Interesse vergüten. Uebrigens hieng die Bestimmung des Interesse in beyden Fällen gänzlich vom Ermessen des Richters ab. Ja er konnte sogar, nach Beschaffenheit der Umstände, den Beklagten, wenn er zur Lieferung an dem bestimmten Ort bereit gewesen war, von der Verbindlichkeit anderwärts zu liefern, ganz lossprechen (*10). Bey den bonae fidei Contracten war diese Klage nicht nöthig. Hier konnte man aus dem Contract selbst dasjenige fordern, was man bey contractibus stricti iuris mittelst der condictionis de eo quod certo loco suchte (*11).

(1) L. 2. §. 8. de eo quod certo loco.
(2) L. 2. cit.
(3) L. 22. §. 1. D. ad L. Aquil.
(4) L. 2. cit. de eo quod certo loco.
(5) L. 21. §. 3. de act. emt et vend.
(6) Daher kann ich, wenn mir jemand das Netz zerreißt, die Fische nicht bezahlt verlangen, die ich zu fangen hoffte. L. 29. §. 3. ad L. Aquil.
(7) L. ult. de peric. et commod. rei vend.
(8) Ueber die Vereinigung der angeführten Gesetze L. 21. §. 3. de act. emt. et vend. L. 2. §. 8. de eo quod certo loco und L. ult. de peric. et comm. rei vend. ist viel geschrieben worden. Man s. *Vinnii* quaest select. lib. 2. cap. 38. *Finestres* ad Hermogen. p. 464. *Fachin.* controv. lib. 11. cap. 15. *Noodt* de foenore et usur. lib. 2. cap. 6. *Beyma* de eo quod interest. p. 591. *Schilter* ex 30. th. 125. Das berühmteste Gesetz in dieser Materie ist L. un. C. de sentent. quae pro eo quod interest feruntur (VII. 47), über welches man eigene Commentarien in Menge hat. Justinian sagt darin, er wolle die Streitigkeiten, die in dieser Lehre geführt worden, entscheiden. Sancimus itaque in omnibus casibus, *qui certam habent quantitatem vel naturam*, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere. In aliis autem *casibus*, *qui incerti esse videntur*, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut quod revera inducitur damnum, hoc reddatur. Also in gewissen Fällen soll das interesse nicht über das duplum steigen, in ungewissen aber kann es höher kommen. Nun fragt sichs aber, was will Justinian mit seinen gewissen und ungewissen Fällen sagen? Man hat wenigstens acht verschiedene Erklärungen, unter welchen mir die des Contius (in opp. p. 489. sqq.) die richtigste

scheint. Gewisse Fälle sind, wenn in einem Contract entweder beyde Theile einander eine bestimmte Sache oder eine bestimmte Quantität versprochen haben, oder wenigstens der Eine sich zu dergleichen verpflichtet hat. Wenn ich also ein Haus für 5000 Thlr. kaufe, wenn ich einem ein Gemählde für 10 Ducaten zu machen verspreche, eine goldne Repetiruhr (in genere) für 200 Thlr. zu liefern verspreche, so sind es gewisse Fälle. Alle andere Fälle, wo das interesse gefordert wird, gehören zu den ungewissen. Von den vielen Schriftstellern, welche über das interesse und insonderheit über die L. un. Cod. cit. geschrieben haben, sind die vorzüglichsten: *Donellus* Lugd. Bat. 1630. 8. und anderwärts oft. *Contius* in opp. pag. 477. sqq. *Beyma* Leovard. 1645. 4. *Molinaeus* Lugd. 1597. 8. *Vallius* thesaur. *Otton*. Tom. 1. *Magnus* rat. et different. iur. lib. 2. thesaur. *Meermann* tom. 3. *Balduinus* in Iustiniano, in *Heineccii* iurispr. Rom. et Att. tom. 1. pag. 1175. *Cuiacius* in paratitl. *Id.* in obs. lib. 9. cap. 31. lib. 16. cap. 34. *Vaud.* lib. 2. quaest. 8. *Giphanius* explanat. difficil. L. L. Cod. pag. 258. sqq. — Unter den Neuern sind vorzüglich hierüber nachzusehen *C. G. Wehrn* doctr. iur. de damno etc. cap. 6. Glück Erläut. d. Pand. Th. 4. §. 332. *I. F. Malblanc* (resp. *Euler*) diss. sist. observationes quasdam de eo quod interest. Tub. 1801. *eiusd.* princip. iur. Rom. sec. ord. Digest. §. 260. etc. W.

(9) Entweder von einem Prätor Triticius, der sie erfunden hat, oder von den Anfangsworten des Edits: triticum, vinum, oleum. Beydes sind aber bloße Muthmaßungen. Uebrigens haben von dieser Klage geschrieben *Io. Strauch* diss. de condict. triticiaria, in opusc. Hal. ed. n. 23. *Io. Car. von Wachendorf* in diss. triad. diss. 2. p. 201. sqq. und man zählt die Lehre davon, wegen der dunklen und widersprechenden Gesetze, unter die schwersten in den Pandecten.

(10) L. 4. §. 1. D. de eo quod certo loco.

(11) L. 7. pr. et §. 1. eod.

TIT. XXX.

QUIBUS MODIS TOLLITUR OBLIGATIO.

§. 969. Verschiedene Tilgungsarten der Verbindlichkeiten.

Wenn eine Verbindlichkeit getilgt wird, so hört sie entweder selbst nach dem strengen Recht auf, oder sie bleibt nach diesem Recht bey Kräften, und nur der Billigkeit wegen giebt man dem Verpflichteten eine Exception dagegen. Im ersten Falle sagt man: obligatio *ipso iure*, im zweyten *ope exceptionis* sublata est.

Der Effect dieser Distinction ist, 1) wenn eine Verbindlichkeit ipso iure aufgehoben ist, so entsteht keine Klage daraus; ist sie hingegen nur ope exceptionis getilgt, so kann man daraus klagen, aber der Beklagte kann sich mit einer Exception dagegen schützen. 2) Daher hebt sich eine Verbindlichkeit ope exceptionis auch nicht eher, als bis der Verpflichtete die Exception im Gerichte opponirt hat: wird hingegen eine Verbindlichkeit ipso iure aufgehoben, so ge-

schieht es von selbst, sobald der Umstand sich ereignet, der die Verbindlichkeit tilgt, ohne daß es nöthig ist, im Gerichte den Umstand selbst anzuführen (*1).

Es fragt sich aber, ob bey uns diese Distinction noch Statt findet, ob der, welcher aus einer nur ope exceptionis zu tilgenden Verbindlichkeit belangt wird, die Exception opponiren, oder ob der Richter den Beklagten lossprechen müsse, wenn er auch die Exception nicht vorschützt? Diese Frage wird sich aus dem, was unten §. 1240. vorgetragen ist, entscheiden lassen.

(1) *Guil. Balth. Emants* diss. ad L. 112. de reg. iur. (Traiect. ad Rh. 1756) cap. 3. wo er auch zeigt, daß Paullus in der L. 112. etwas unbestimmt redet, wenn er sagt: nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. Ob und in welchen Fällen eine erloschene Verbindlichkeit wieder aufiebe, davon s. *Forner*. selection. lib. 2. cap. 16. ap. *Otton*. II. 64.

§. 970. Aufhebung der Verbindlichkeit ope exceptionis.

Die Tilgungsarten der Verbindlichkeit, welche ope exceptionis geschehen, sind gar mannichfaltig. Dahin gehört a) ein **Testament**. Wenn ich einem nemlich das vermache, was er mir schuldig ist, und der Erbe ihn auf die Schuld belangt: so kann er sich mit der exceptione testamenti schützen. b) Ein *pactum*: wenn ich einem seine Schuld durch ein pactum erlasse, und nachher dennoch darauf klage: so werde ich mit der exceptione pacti abgewiesen. c) *Eine richterliche Sentenz*. Wenn mich der Richter von einer Forderung absolvirt hat: so steht mir exceptio rei iudicatae dagegen zu. d) **Der Eyd**. Jemand macht eine Forderung an mich; ich behaupte, daß ich nichts schuldig sey: er erklärt, daß er seine Prätension fallen lassen wolle, wenn ich die Schuld abschwören würde. Schwöre ich nun, so ist meine Verbindlichkeit ope exceptionis gehoben, das heißt, wenn ich belangt werde, kann ich exceptionem iurisiurandi opponiren. e) **Die Wiederherstellung in vorigen Stand** (restitutio in integrum). Von dieser wird §. 1001. u. f. f. gehandelt werden f). Die Veränderung der Umstände (1010.).

§. 971. Arten, die Verbindlichkeiten ipso iure aufzuheben.

Die Tilgungsarten der Verbindlichkeit, welche ipso iure geschehen, sind zweyerley; durch einige können alle Gattungen von Verbindlichkeiten aufgehoben werden, durch andere nicht. Jene heißen *communes*, diese *proprii*. Die communes sind **Zahlung**, **Abrechnung** (*compensatio*), **Confusion**, **Anbieten und Versieglung** (*oblatio et consignatio*), **Untergang der Sache**, **Novation**, **Prascription** (*1). Die proprii sind wieder zweyerley: entweder lassen sich dadurch nur die obligationes stricti iuris aufheben, d. i. solche, die aus einem stricti iuris Contract entstanden sind §. 751.), oder nur die obligationes bonae fidei, die aus einem contractu bonae fidei entspringen. Die obligationes stricti iuris werden aufgehoben durch die **Acceptilation**, die obligationes bonae fidei durch den *mutuum dissensum*.

(1) „Natürlicher scheint es, daß die praescriptio im engsten Sinne auch eine praescriptio im weiten Sinne (§. 1196.), d. h. die Verjährung auch eine Exception gewesen sey. Einen eignen Ausweg schlägt der Verfasser des Brachylogus ein, indem er aus der Verjährung eine eigne dritte Classe macht. Denn so sagt er IV. 29. §. 2. nisi vel ipso iure sublatae sint, vel praescriptione removeantur, vel exceptione elidantur. Und bey der Verjährung einer actio perpetua ist es wohl sicher, daß sie ehemals weder unter die Arten ipso iure, noch unter die per exceptionem g[illegible]te, weil man sie ehemals nicht hatte." Hugo.

Von der Tilgung einer Verbindlichkeit durch concursum duarum causarum lucrativarum s. oben §. 562. 4. Anmerk.

§. 972. Von der Zahlung.

Der erste modus tollendi obligationes ipso iure talis ist die Zahlung, *solutio*. Dieses Wort hat mancherley Bedeutungen. Zuweilen versteht man jede Tilgungsart der Verbindlichkeit darunter; in dieser allgemeinen Bedeutung begreift es auch die Compensation, Oblation, Confusion, Gebung an Zahlungsstatt, u. s. w. (*1). Zuweilen wird darunter nur die Abtragung einer Geldschuld verstanden, und so nimmt man es gewöhnlich im gemeinen Leben. Wir nehmen es aber hier weder in jener allgemeinen, noch in dieser eingeschränkten Bedeutung, sondern nennen zahlen, *solvere*, wenn ich etwas leiste, d. i. thue oder gebe, in der Absicht, mich dadurch von einer (wahren oder vermeyntlichen) Verbindlichkeit zu entledigen (*2). Also wenn der Verkäufer die verkaufte Sache übergiebt, wenn Jemand die versprochene Dienste leistet u. s. w. so sagt der Jurist, er habe bezahlt.

(1) L. 47. L. 176. D. de V. S. L. 52. L. 54. D. de solut.

(2) Die Hauptschriftsteller von dieser Materie sind Brissonius und Freyer. Des ersten Tractat de solutionibus ist zu Frankf. 1587. Fol., des letzten seiner 1660. in 4. zugleich mit dem Brissonius herausgekommen. Der Brissonische steht auch in des Verf. kl. Schriften (Lugd. Bat. 1747. fol.) S. 113. u. f. f. mit Trekell's Anmerkungen.

§. 973. Wer kann bezahlen, und wem kann bezahlt werden?

Bey der Zahlung soll also etwas geleistet, und dadurch eine Verbindlichkeit aufgehoben werden. Daraus folgt erstens, daß nur der bezahlen kann, dem die freye Administration seines Vermögens zusteht.

Die zweyte Folge: man muß dem bezahlen, welchem man schuldig ist, oder seinem Specialbevollmächtigten (*), oder dem Verwalter aller seiner Geschäfte. Wie aber, wenn ich dem A. 100 Thlr. zu bezahlen hätte, und A. dem B. eben diese Summe schuldig wäre, ich also das Geld an B. bezahlte? Nach dem strengen Recht werde ich nicht von meiner Schuld gegen den A. frey. Wenn indessen die Forderung des B. an den A. liquid war, A. durch die von mir an den B. geleistete Zahlung keinen Schaden gelitten

hat, und doch von mir das Geld fordert, so kann ich ihn mit der exceptione doli abweisen (*[2]).

(1) *Müller* ad *Leyser* obs. 877.

(2) *Voet.* ad Pand. tit. de solut. §. 7. *Leyser* sp. 528. med. 3. *Müller* ad *Leyser* obs. 878.

§. 974. Kann man für einen Andern bezahlen?

Der Regel nach zahlt jeder selbst, was er schuldig ist. Indessen kann auch ein Anderer Namens des Schuldners zahlen. Dahin gehört 1) der Vormund; er kann Namens des Pupillen bezahlen; 2) der Bevollmächtigte. Dieser kann für den Principal zahlen, wenn ihm der Principal die Verwaltung aller seiner Geschäfte übertragen, oder wenn er eine Specialvollmacht zu zahlen hat. 3) Der negotiorum gestor. Er kann, statt des *Herrn der Geschäfte* die Zahlung leisten. Ja ich kann auch 4) für Einen zahlen, *der es mir verboten hat* (*[1]). Man denke sich den Fall, daß Jemand sich heimlich entfernen, und seine Schuldigkeit nicht bezahlen will; daß ein Freund sich erbietet, für ihn zu zahlen, daß jener es aber untersagt, und der Freund demungeachtet die Schulden bezahlt. In allen diesen Fällen hat die Zahlung die Wirkung, daß die Schuld dadurch getilgt wird. Nur ist zu bemerken, daß, wenn ich für Jemand gegen seinen Willen bezahle, ich keinen Regreß *gegen* ihn nehmen, das ist, nicht von ihm verlangen kann, daß er mir die Auslage erstatte: außer vermittelst einer Cession vom Gläubiger. Ich muß mir nemlich die Rechte des Gläubigers an den Schuldner abtreten lassen, und nun als cessionarius gegen diesen klagen. Indessen kann mir der Schuldner die Einwendung machen, es sey ihm daran gelegen gewesen, daß die *Schuld nicht* bezahlt worden sey, weil es ihm aus dieser oder jener Ursache *nützlich* war, ein Schuldner des Gläubigers zu bleiben, den Gläubiger, *wie man sagt*, in der Hand zu behalten. Beweißt er dieses, so fällt mein Regreß weg (*[2]).

(1) *Struv.* evolut. controvers. tit. de solut. thes. 70.

(2) L. 39. L. 43. D. de negot. gest. ibique *Faber* in rational. L. 53. D. de solut. *Hert.* diss de solutione pro alio facta, sect. 2. §. 7. in opusc. vol. 2. part. 3. p. 203. *Pufendorf* obs. tom. 1. obs. 130. p. 335.

§. 975. Wer kann nicht zahlen, und wem kann nicht bezahlt werden?

1) Ein Blödsinniger, ein Pupill, ein Minderjähriger, können nicht zahlen, ohne des Vormundes oder Pflegers Einwilligung. Denn wer bezahlt, veräußert; er verliert das Eigenthum dessen, was er bezahlt, die ebengedachten Personen aber sind nicht befugt, etwas von ihrem Vermögen zu veräußern. Man kann ihnen auch 2) nichts bezahlen ohne des Vormundes oder Pflegers Einwilligung, und ohne ein obrigkeitliches Decret; denn wer sich bezahlen läßt, verliert seinen Anspruch, und es ist zu besorgen, daß diese Personen, wenn sie die Zahlung empfangen, damit nicht gut haushalten werden. Die weitere Ausführung dieser Sätze ist schon §. 419. gegeben worden.

§. 976. Wie ist die Zahlung zu leisten?

Die Zahlung ist die Leistung dessen, was man schuldig ist. Daraus folgt, daß der Schuldner nicht befugt ist, dem Gläubiger statt des schuldigen Objects etwas anders aufzudringen (aliud pro alio invito creditore solvi nequit). Wenn ich Einem a) diese Sache schuldig bin, so darf ich ihm keine andere statt derselben aufdringen, und bin ich b) eine Summe Geld schuldig, so kann ich ihm nicht statt deren eine Sache aufdringen. Auch c) wenn ich ihm eine Sache schuldig bin, so kann ich ihn nicht zwingen, statt derselben Geld anzunehmen. Endlich d) kann ich Einem auch statt einer schuldigen Sache, oder einer schuldigen Geldsumme gegen seinen Willen kein *factum* leisten (*[1]). Im ersten und zwenten Falle, wenn ich nemlich Einem statt der schuldigen Sache eine andere Sache, oder statt einer schuldigen Summe Geldes eine Sache, körperliche oder unkörperliche, gebe: so heißt es die Gebung an Zahlungsstatt, *datio in solutum*. Diese also kann ohne die Einwilligung des Gläubigers nicht geschehen, ausser unter folgenden Umständen (*[2]): wenn a) der Schuldner beweißt, daß er kein Geld habe; b) daß er seine Güterstücke nicht um billigen Preis angeben könne: wenn er ferner c) seine besten Sachen offerirt; sie d) von der Obrigkeit taxiren läßt, und e) die Eviction zu leisten übernimmt (*[3]).

2) Der Gläubiger ist der Regel nach nicht schuldig, Stückzahlung anzunehmen, sondern der Schuldner muß die ganze Schuld auf Einmal abtragen (*[4]). Ich sage, der Regel nach; Ausnahmen sind: a) wenn die Schuld zum Theil noch illiquid ist. Denn jetzt kann der Schuldner den liquiden Theil bezahlen, und verlangen, daß der übrige liquidirt werde. b) Wenn Jemand verschiedene Posten aus verschiedenen Fundamenten schuldig ist (*[5]); oder c) wenn die Schuld durch die Gesetze selbst getheilt ist. Hat nemlich der Schuldner mehrere Erben, so bezahlt jeder nur pro rata (§. 812.) (*[6]). Endlich d) muß sich auch nach dem unten angeführten Reichsabschied der Gläubiger mit Stückzahlung begnügen, wenn der Schuldner arm ist, und völlig ruinirt werden würde, im Fall er das Ganze auf Einmal bezahlen müßte.

3) Der Schuldner muß a) in der Qualität, b) an dem Ort, und c) zu der Zeit bezahlen, wo er zu zahlen verbunden ist. Thut er dieß nicht, so ist er dem Gläubiger den daraus erwachsenden Schaden zu ersetzen schuldig.

Also in der gehörigen Qualität. Daher darf er in keinen Münzsorten zahlen, welche schon verrufen sind, oder doch bald werden verrufen werden (*[7]). Wenn eine Münzveränderung vorgeht, so muß man so distinguiren, wie oben (§. 768.) in der Lehre vom Darlehn gezeigt worden ist, inwiefern nemlich über die Münzsorten etwas ausgemacht oder nicht, und im letzten Falle die Münzveränderung entweder allgemein oder particulär ist (*[8]).

Am gehörigen Ort. Entweder ist der Ort im Contracte bestimmt, oder nicht. Ist nichts bestimmt, so hängt die Sache von der Gewohnheit des Ortes ab, wo der Schuldner und Gläubiger sich aufhalten. Wenn ich bey dem Kaufmann Waaren kaufe, so ist es gewöhnlich, daß ich sie abholen lasse. Wenn ich hingegen ein Capital auf Zinsen ausleihe, so ist es gewöhnlich, daß mir der Schuldner die Zinsen in mein Haus bringt (*9).

Zur gehörigen Zeit. Früher darf, der Regel nach, der Schuldner zahlen, aber nicht später (*10). Ist im Contract die Zeit gänzlich der Willkühr des Schuldners überlassen worden, so kann er gar nicht darauf belangt werden, sondern erst sein Erbe (*11).

(1) In denselben Münzsorten bin ich nicht gerade verbunden zu bezahlen, worin ich die schuldige Summe empfangen habe, wenn nemlich der Gläubiger keinen Schaden durch die Zahlung einer andern Sorte leidet. L. 99. D. de solut. Die Ausnahme der Regel, aliud pro alio etc. s. bey *Vinn.* pr. I. h. t. n. 3.

(2) Dieses ist in der Nov. 4. cap. 3. festgesetzt, und nachher im jüngsten Reichsabschied, §. 172. bestätigt worden.

(3) *Sam. Stryk* diss. de beneficio dationis in solutum, in oper. tom. 1. num. 9.

(4) *Alicatus* ad L. 21. de reb. cred. opp. Tom. 1. col. 358. behauptet, der Gläubiger müsse der Regel nach Stückzahlung annehmen. *Vinn.* ad pr. I. h. t. num 4. sqq. hat diesen paradoxen Satz hinlänglich widerlegt.

(5) L. fin. D. quib. mod. pign. solv. Ein nach und nach entstandenes Waarenconto aber kann nicht als eine aus verschiedenen Posten bestehende Schuld angesehen werden; denn hier borgt der Gläubiger nicht in der Absicht, Stückzahlung anzunehmen. *Hellfeld* iurispr. for. §. 1928.

(6) L. 6. C. famil. hercisc. (III. 36.) Noch einige Fälle, wo der Gläubiger Stückzahlung anzunehmen schuldig ist, führt *Vinn.* l. c. n. 5. an.

(7) *Leyser* sp. 529. med. 19. 20.

(8) Schmidt in dem §. 768. angeführten Werk.

(9) Strube rechtl. Bedenken 3. Band, 42. Bed. — Die Gesetze, welche *Hellfeld* iurispr. forens. §. 1929. anführt, L. 39. D. de solut. L. 21. D. de oper. libert. beweisen freylich nicht, wenigstens nicht allgemein, daß der Schuldner die Zahlung dem Gläubiger bringen müsse. Bey Verbindlichkeiten ad faciendum wovon in der zweyten Gesetzstelle die Rede ist, kann das die Natur der Sache schon mit sich bringen. W.

(10) L. 70. L. 98. §. 4. D. de solut. *Müller* l. c. obs. 881.

(11) *Leyser* l. c. med. 3.

§. 977. Wirkung der Zahlung.

Die Wirkung der Zahlung ist die Erlöschung der Schuld. Sobald der Schuldner zahlt, ist er selbst seiner Verbindlichkeit los, die Bürgen sind frey, der Gläubiger muß die Pfänder zurückgeben, und sein Recht auf die Hypotheken ist erloschen. Doch ist in Ansehung der Pfänder die Einschränkung nicht zu vergessen, die wir oben (§. 793.) gehört haben; wenn ich Einem mehrere Posten schuldig bin, und er wegen des einen ein Pfand hat, wegen des

andern

Andern nicht; so ist er nicht eher schuldig, das Pfand herauszugeben, als bis ich die sämmtlichen Schuldposten abgetragen habe.

§. 978. Von der Compensation.

Die zweyte allgemeine Tilgungsart der Verbindlichkeiten ist die Compensation oder Abrechnung. — Sie ist überhaupt die Aufhebung einer Schuld, durch eine Gegenforderung; und kann betrachtet werden: a) insofern sie sich in einer Privatdisposition der Parteyen gründet; compensatio voluntaria, wie einige Rechtslehrer sie nennen. Diese findet bey allen Verbindlichkeiten Statt, worüber Privatverfügungen zulässig sind, die gegenseitigen Forderungen mögen von einerley Art, beyde schon fällig seyn oder nicht. Wenn ich z. B. Jemanden ein Pferd, und er mir einen Ochsen schuldig ist, oder wenn ich heute schon etwas zu fordern, meinem Schuldner aber erst nach einer gewissen Zeit etwas zu zahlen habe, so können wir ausmachen, daß wir diese Verbindlichkeiten mit einander aufheben wollen. b) Insofern sie schon den Rechten nach aus dem bloßen Daseyn der gegenseitigen Forderungen entstehen soll; hier müssen diese letztern von der Art seyn, daß ein Jeder durch sein debitum schon wirklich dasjenige ganz oder zum Theil hat, was er zu fordern berechtigt ist. Nur von der Compensation in diesem Betracht, compensatio necessaria, wie jene sich ausdrucken, ist hier die Rede; sie setzt folgende Erforderniße wesentlich voraus: — a) Eine wechselseitige Schuld. A. war dem B. schuldig, nun wird B. dem A. ebenfalls etwas schuldig. b. Beyde Schuldforderungen müssen, zu der Zeit, da die Compensation eintreten soll, schon fällig, d. i. zahlbar, auch müssen c) beyde liquid seyn, wenn der Richter die Abrechnung anerkennen soll, und d) die eine muß in Ansehung des Gegenstandes von derselben Art seyn, wie die andere. Daß sie von einerley Quantität sind, ist nicht nöthig; die eine kann z. E. 1000 Thlr. die andere nur 600 Thlr. betragen, und dennoch findet (in Ansehung eines Theiles) eine Compensation Statt. Wenn alle diese Erfordernisse vorhanden sind: so heben sich die wechselsweisen Schuldforderungen auf, und zwar von selbst, *ipso iure*, ohne daß die Interessenten etwas darüber zu verabreden nöthig haben.

Die Compensation wird noch von einigen Juristen in die *temporalem* und *perpetuam* eingetheilt. Die perpetua ist nur eine eigentliche Compensation; die temporalis ist nichts anders als die Retention, von der oben §. 283. gehandelt worden ist.

§. 979. Erfordernisse der Compensation.

Die Compensation erfordert eine wechselsweise Schuld. 1) Wenn ich also ein Verbrechen gegen den Andern, und der Andere eins gegen mich begeht, so können wir zwar in Ansehung der Privatsatisfaction, aber nicht in Ansehung der öffentlichen Strafe compensiren. Dieß ist so zu verstehen: wer ein Ver-

brechen gegen einen andern Menschen begeht, ist einmal diesem andern Menschen zu einer Genugthuung verbunden; er muß aber auch fürs andere, weil er die Gesetze übertreten und dadurch den Staat beleidigt hat, eine Strafe leiden. (§. 1015.). Begeht nun Jemand ein Verbrechen gegen mich, gegen welchen ich ebenfalls eins begangen habe, so kann in Ansehung der wechselsweisen Genugthuung eine Compensation eintreten. Wenn ich z. B. bey einer Schlägerey einen verwunde, und er mich wieder, so kann eine Compensation Statt finden, dergestalt, daß ich von ihm keine Heilungskosten rc. und er keine von mir fordern kann. Hingegen in Rücksicht der Strafe fällt die Compensation begreiflicher Weise weg. Da wir beyde den Staat durch das Verbrechen beleidigt haben, so werden wir beyde gestraft (*1). 2) Eine ungerechte Forderung ist so gut als gar keine; sie begründet also auch keine Compensation. 3) Gleiche Beschaffenheit hat es mit einer natürlichen, vom Positivgesetz völlig aufgehobenen Schuld, wenn ich einem etwas nach dem Naturrecht schuldig bin, die bürgerlichen Gesetze aber diese natürliche Verbindlichkeit ganz zernichten; z. E. wenn ich einer Weibsperson aus einem Darlehn etwas schuldig bin, und sie mir etwas aus einer Bürgschaft schuldig wird, so hat keine Compensation Statt. Denn die aus der Bürgschaft herrührende Verbindlichkeit einer Weibsperson ist von den bürgerlichen Gesetzen, nach dem Vellejanischen Senatusconsult, völlig aufgehoben. Ist die natürliche Verbindlichkeit nicht ganz aufgehoben, sondern bloß nicht bestätiget: so hat die Compensation Statt (*2). Z. E. wenn ich einem Sohne, der noch unter väterlicher Gewalt stehe, aus einem Kaufcontract, und er mir Geld aus einem Darlehn schuldig ist, so kann ich mich auf die Compensation berufen. Denn obgleich seine Verbindlichkeit, vermöge des Macedonianischen Rathschlusses keine Klage begründet, so ist sie doch nicht völlig aufgehoben (*3). 4) Die wechselweise Schuld muß liquid seyn, d. i. wenn einer eine klare und unbezweifelte Forderung an mich macht, und ich dagegen eine an ihn formire, welche weder sogleich auf der Stelle, noch binnen einer von dem Richter zu bestimmenden Frist, erwiesen werden kann, sondern eine weitläuftige Untersuchung erfordert: so muß ich bezahlen, und die Exception der Compensation hat nicht Statt. Ich kann aber nachher meine Forderung einklagen, und meine Beweise beybringen. So ist die Regel zu verstehen: liquidi cum illiquido nulla est compensatio (*4). 5) Bin ich dem Andern etwas sogleich und unbedingt schuldig, er mir aber erst nach einer gewissen Zeit, oder unter einer Bedingung: so kann ich mich auf keine Compensation berufen, ich muß bezahlen, was ich schuldig bin, und mit meiner Forderung warten, bis der Zahlungstermin erscheint, oder die Bedingung erfüllt wird. 6) Die gegenseitigen Forderungen müssen in Ansehung des Gegenstandes von einerley Art seyn. Wenn ich einem also

a) ein individuum schuldig bin, und er mir ein genus, z. E. ich bin ihm ein gewisses bestimmtes Pferd schuldig, er mir eine Ohm Wein: so fällt die Compensation weg. Wir können einen Vertrag schließen, daß ich das Pferd, und er den Wein behalten soll, das ist aber keine eigentliche, wenigstens nicht diejenige Compensation, wovon hier die Rede ist, keine compensatio necessaria, die ipso iure geschieht. Eben so wenig hat b) die Compensation Statt, wenn ich dem Andern ein individuum schuldig bin, und er mir ein anderes, z. E. ich ihm dieses Pferd, er mir diesen Garten, oder, c) wenn ich ihm ein genus und er mir ein anderes genus schuldig ist; z. E. ich ihm 100 Thlr., er mir eine Ohm sechsundsechziger Hochheimer Wein (*5).

(1) *Schulting* thes. contros. dec. 56 th. 7. *Sixt Iac. Kapf* diss. de compensatione circa maleficia vel quasi, (Tub. 1778.) §. 15. sqq.

(2) Mit dieser Distinction zwischen einer natürlichen nicht bestätigten und einer völlig zernichteten Verbindlichkeit glaubt man insgemein die Sache ganz ins Klare gesetzt zu haben: Sie ist aber dazu nicht hinlänglich. Man muß vielmehr in dieser Materie, so wie oben in der Lehre von der condictione indebiti (§. 955) die vier Arten von natürlichen, nach dem bürgerlichen Recht gar nicht, oder nicht völlig wirksamen Verbindlichkeiten unterscheiden, und alsdann sich an die Regel halten: wo das, was man zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bezahlt hat, nicht zurückgefordert werden kann, da kann auch diese Verbindlichkeit eine Compensation wirken. Hat aber die Zurückforderung Statt, so tritt auch die Compensation nicht ein. Weber Beytr. zu der Lehre von Klagen und Einred. 1. 6 u. das. n. 21 angef. D. D.

(3) L. 6. D. de compensationib. Weber Beyträge ibid.

(4) *Schilter* ex. 28. th. 17. *Hert.* ad paroem. Geld vor, Recht nach, opusc. Vol. II. part. 3 p. 297 L. ult. C. de compensat. (IV. 31.), worin diese Regel gegründet seyn soll, redet nur von dem Falle, wenn die Ausflucht der Compensation erst am Ende des Processes (post multa variaque certamina, a parte, quae jam paene convicta est) entgegengesetzt wird. Schützt sie also der Beklagte gleich anfangs vor, so ist nicht abzusehen, warum er mit dieser Exception nicht eben so gut völlig gehört werden müßte, als mit andern peremtorischen Einreden, welche zuläßig sind, sie mögen nun eine weitläuftige oder kurze Untersuchung erfordern. *Vinn.* sel. quaest. lib. 1. cap. 50. *Schulting* l. c. th. 9. 10. *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 1. obs. 69. *Beimannor* consil. et decis. Arg. 34. n. 5. Webers Beyträge am a. O. Der Fiscus hat das Vorrecht, daß, wer ihm die Einrede der Compensation entgegengesetzt, sie binnen zwey Monaten beweisen muß. L. 46. §. 4. D. de iure fisci.

(5) Webers Beyträge 1. 6.

§. 980. Wirkungen der Compensation.

Die Compensation ist eine Aufhebung der Schuld, und zwar eine solche, die ipso iure geschieht (*1). Sie hat daher 1) dieselben Wirkungen, wie die Zahlung; der Schuldner wird frey, die Bürgen werden ihrer Verbindlichkeit los, die Pfänder müssen zurückgegeben werden, der Zinsenlauf hört auf u. s. w. 2) Von dem Augenblick an, da die wechselsweisen Schuldforderun-

Am gehörigen Ort. Entweder ist der Ort im Contracte bestimmt, oder nicht. Ist nichts bestimmt, so hängt die Sache von der Gewohnheit des Ortes ab, wo der Schuldner und Gläubiger sich aufhalten. Wenn ich bey dem Kaufmann Waaren kaufe, so ist es gewöhnlich, daß ich sie abholen lasse. Wenn ich hingegen ein Capital auf Zinsen ausleihe, so ist es gewöhnlich, daß mir der Schuldner die Zinsen in mein Haus bringt (*9).

Zur gehörigen Zeit. Früher darf, der Regel nach, der Schuldner zahlen, aber nicht später (*10). Ist im Contract die Zeit gänzlich der Willkühr des Schuldners überlassen worden, so kann er gar nicht darauf belangt werden, sondern erst sein Erbe (*11).

(1) In denselben Münzsorten bin ich nicht gerade verbunden zu bezahlen, worin ich die schuldige Summe empfangen habe, wenn nemlich der Gläubiger keinen Schaden durch die Zahlung einer andern Sorte leidet. L. 99. D. de solut. Die Ausnahme der Regel, aliud pro alio etc. s. bey *Vinn.* pr. I. h. t. n. 3.

(2) Dieses ist in der Nov. 4. cap. 3. festgesetzt, und nachher im jüngsten Reichsabschied, §. 172. bestätigt worden.

(3) *Sam. Stryk* diss. de beneficio dationis in solutum, in oper. tom. 1. num. 9.

(4) *Alicatus* ad L. 21. de reb. cred. opp. Tom. 1. col. 358. behauptet, der Gläubiger müsse der Regel nach Stückzahlung annehmen. *Vinn.* ad pr. *I. h. t.* num 4. sqq. hat diesen paradoxen Satz hinlänglich widerlegt.

(5) L. fin. D. quib. mod. pign. solv. Ein nach und nach entstandenes Waarenconto aber kann nicht als eine aus verschiedenen Posten bestehende Schuld angesehen werden; denn hier borgt der Gläubiger nicht in der Absicht, Stückzahlung anzunehmen. *Hellfeld* iurispr. for. §. 1928.

(6) L. 6. C. famil. hercisc. (III. 36.) Noch einige Fälle, wo der Gläubiger Stückzahlung anzunehmen schuldig ist, führt *Vinn.* l. c. n. 5. an.

(7) *Leyser* sp. 529. med. 19. 20.

(8) Schmidt in dem §. 768. angeführten Werk.

(9) Strube rechtl. Bedenken 3. Band, 42. Bed. — Die Gesetze, welche *Hellfeld* iurispr. forens. §. 1929. anführt, L. 39. D. de solut. L. 21. D. de oper. libert. beweisen freylich nicht, wenigstens nicht allgemein, daß der Schuldner die Zahlung dem Gläubiger bringen müsse. Bey Verbindlichkeiten ad faciendum wovon in der zweyten Gesetzstelle die Rede ist, kann das die Natur der Sache schon mit sich bringen. W.

(10) L. 70. L. 98. §. 4. D. de solut. *Müller* l. c. obs. 881.

(11) *Leyser* l. c. med. 3.

§. 977. Wirkung der Zahlung.

Die Wirkung der Zahlung ist die **Erlöschung der Schuld**. Sobald der Schuldner zahlt, ist er selbst seiner Verbindlichkeit los, die Bürgen sind frey, der Gläubiger muß die Pfänder zurückgeben, und sein Recht auf die Hypotheken ist erloschen. Doch ist in Ansehung der Pfänder die Einschränkung nicht zu vergessen, die wir oben (§. 793.) gehört haben; wenn ich Einem mehrere Posten schuldig bin, und er wegen des einen ein Pfand hat, wegen des

andern

Andern nicht; so ist er nicht eher schuldig, das Pfand herauszugeben, als bis ich die sämmtlichen Schuldposten abgetragen habe.

§. 978. Von der Compensation.

Die zweyte allgemeine Tilgungsart der Verbindlichkeiten ist die Compensation oder Abrechnung. — Sie ist überhaupt die Aufhebung einer Schuld, durch eine Gegenforderung; und kann betrachtet werden: a) insofern sie sich in einer Privatdisposition der Partheyen gründet; compensatio voluntaria, wie einige Rechtslehrer sie nennen. Diese findet bey allen Verbindlichkeiten Statt, worüber Privatverfügungen zulässig sind, die gegenseitigen Forderungen mögen von einerley Art, beyde schon fällig seyn oder nicht. Wenn ich z. B. Jemanden ein Pferd, und er mir einen Ochsen schuldig ist, oder wenn ich heute schon etwas zu fordern, meinem Schuldner aber erst nach einer gewissen Zeit etwas zu zahlen habe, so können wir ausmachen, daß wir diese Verbindlichkeiten mit einander aufheben wollen. b) Insofern sie schon den Rechten nach aus dem bloßen Daseyn der gegenseitigen Forderungen entstehen soll; hier müssen diese letztern von der Art seyn, daß ein Jeder durch sein debitum schon wirklich dasjenige ganz oder zum Theil hat, was er zu fordern berechtigt ist. Nur von der Compensation in diesem Betracht, compensatio necessaria, wie jene sich ausdrucken, ist hier die Rede; sie setzt folgende Erfordernisse wesentlich voraus: — a) Eine wechselseitige Schuld. A. war dem B. schuldig, nun wird B. dem A. ebenfalls etwas schuldig. b) Beyde Schuldforderungen müssen, zu der Zeit, da die Compensation eintreten soll, schon fällig, d. i. zahlbar, auch müssen c) beyde liquid seyn, wenn der Richter die Abrechnung anerkennen soll, und d) die eine muß in Ansehung des Gegenstandes von derselben Art seyn, wie die andere. Daß sie von einerley Quantität sind, ist nicht nöthig; die eine kann z. E. 1000 Thlr. die andere nur 600 Thlr. betragen, und dennoch findet (in Ansehung eines Theiles) eine Compensation Statt. Wenn alle diese Erfordernisse vorhanden sind: so heben sich die wechselsweisen Schuldforderungen auf, und zwar von selbst, *ipso iure*, ohne daß die Interessenten etwas darüber zu verabreden nöthig haben.

Die Compensation wird noch von einigen Juristen in die *temporalem* und *perpetuam* eingetheilt. Die perpetua ist nur eine eigentliche Compensation; die temporalis ist nichts anders als die Retention, von der oben §. 283. gehandelt worden ist.

§. 979. Erfordernisse der Compensation.

Die Compensation erfordert eine wechselsweise Schuld. 1) Wenn ich also ein Verbrechen gegen den Andern, und der Andere eins gegen mich begeht, so können wir zwar in Ansehung der Privatsatisfaction, aber nicht in Ansehung der öffentlichen Strafe compensiren. Dieß ist so zu verstehen: wer ein Ver-

brechen gegen einen andern Menschen begeht, ist einmal diesem andern Menschen zu einer Genugthuung verbunden; er muß aber auch fürs andere, weil er die Gesetze übertreten und dadurch den Staat beleidigt hat, eine Strafe leiden. (§. 1015.). Begeht nun Jemand ein Verbrechen gegen mich, gegen welchen ich ebenfalls eins begangen habe, so kann in Ansehung der wechselsweisen Genugthuung eine Compensation eintreten. Wenn ich z. B. bey einer Schlägerey einen verwunde, und er mich wieder, so kann eine Compensation Statt finden, dergestalt, daß ich von ihm keine Heilungskosten rc. und er keine von mir fordern kann. Hingegen in Rücksicht der Strafe fällt die Compensation begreiflicher Weise weg. Da wir beyde den Staat durch das Verbrechen beleidigt haben, so werden wir beyde gestraft (*1). 2) Eine ungerechte Forderung ist so gut als gar keine; sie begründet also auch keine Compensation. 3) Gleiche Beschaffenheit hat es mit einer natürlichen, vom Positivgesetz völlig aufgehobenen Schuld, wenn ich einem etwas nach dem Naturrecht schuldig bin, die bürgerlichen Gesetze aber diese natürliche Verbindlichkeit ganz zernichten; z. E. wenn ich einer Weibsperson aus einem Darlehn etwas schuldig bin, und sie mir etwas aus einer Bürgschaft schuldig wird, so hat keine Compensation Statt. Denn die aus der Bürgschaft herrührende Verbindlichkeit einer Weibsperson ist von den bürgerlichen Gesetzen, nach dem Vellejanischen Senatsconsult, völlig aufgehoben. Ist die natürliche Verbindlichkeit nicht ganz aufgehoben, sondern bloß nicht bestätiget: so hat die Compensation Statt (*2). Z. E. wenn ich einem Sohne, der noch unter väterlicher Gewalt steht, aus einem Kaufcontract, und er mir Geld aus einem Darlehn schuldig ist, so kann ich mich auf die Compensation berufen. Denn obgleich seine Verbindlichkeit, vermöge des Macedonianischen Rathschlusses keine Klage begründet, so ist sie doch nicht völlig aufgehoben (*3). 4) Die wechselweise Schuld muß liquid seyn, d. i. wenn einer eine klare und unbezweifelte Forderung an mich macht, und ich dagegen eine an ihn formire, welche weder sogleich auf der Stelle, noch binnen einer von dem Richter zu bestimmenden Frist, erwiesen werden kann, sondern eine weitläuftige Untersuchung erfordert: so muß ich bezahlen, und die Exception der Compensation hat nicht Statt. Ich kann aber nachher meine Forderung einklagen, und meine Beweise beybringen. So ist die Regel zu verstehen: liquidi cum illiquido nulla est compensatio (*4). 5) Bin ich dem Andern etwas sogleich und unbedingt schuldig, er mir aber erst nach einer gewissen Zeit, oder unter einer Bedingung: so kann ich mich auf keine Compensation berufen, ich muß bezahlen, was ich schuldig bin, und mit meiner Forderung warten, bis der Zahlungstermin erscheint, oder die Bedingung erfüllt wird. 6) Die gegenseitigen Forderungen müssen in Ansehung des Gegenstandes von einerley Art seyn. Wenn ich einem also

a) ein individuum schuldig bin, und er mir ein genu
gewisses bestimmtes Pferd schuldig, er mir eine Ohm
pensation weg. Wir können einen Vertrag schließen,
er den Wein behalten soll, das ist aber keine eigentliche
jenige Compensation, wovon hier die Rede ist, keine
ria, die ipso iure geschieht. Eben so wenig hat b) di
wenn ich dem Andern ein individuum schuldig bin, u
z. E. ich ihm dieses Pferd, er mir diesen Garten, oder
genus und er mir ein anderes genus schuldig ist; z. E.
mir eine Ohm sechsundsechziger Hochheimer Wein (*

(1) *Schulting* thes. contros. dec. 56 th. 7. *Sixt* *Iac.* satione circa malaficia vel quasi, (Tub. 1778.) §. 15.

(2) Mit dieser Distinction zwischen einer natürlichen nich völlig zernichteten Verbindlichkeit glaubt man insgen Klare gesetzt zu haben. Sie ist aber dazu nicht hinän mehr in dieser Materie, so wie oben in der Lehre von d (§. 955) die vier Arten von natürlichen, nach dem bürg oder nicht völlig wirksamen Verbindlichkeiten untersche an die Regel halten: wo das, was man zur Erfüllung e zahlt hat, nicht zurückgefordert werden kann, da kann keit eine Compensation wirken. Hat aber die Zurückfo auch die Compensation nicht ein. Weber Beytr. zu de Einred. 1. 6 u. das. n. 21 angef. D. D.

(3) L. 6. D. de compensationib. Weber Beyträge ibid

(4) *Schilter* ex. 28. th. 17. *Hert.* ad paroem. Geld vor, II. part. 3 p. 297 L. ult. C. de compensat. (IV. 31.), gründet seyn soll, redet nur von dem Falle, wenn die sation erst am Ende des Processes (post multa variaqu quae jam paene convicta est) entgegengesetzt wird. klagte gleich anfangs vor, so ist nicht abzusehen, wa ception nicht eben so gut völlig gehört werden müßte, torischen Einreden, welche zulässig sind, sie mögen nun kurze Untersuchung erfordern. *Vinn.* sel. quaest. lib 1. c. th. 9. 10. *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 1. obs. 69 et decis. Arg. 34. n. 5. Webers Beyträge am a. D. Vorrecht, daß, wer ihm die Einrede der Compensati binnen zwey Monaten beweisen muß. L. 46 §. 4. D.

(5) Webers Beyträge 1. 6.

§. 980. Wirkungen der Compensatior

Die Compensation ist eine Aufhebung der Schuld, die ipso iure geschieht (*1). Sie hat daher 1) dieselben Zahlung; der Schuldner wird frey, die Bürgen werd keit los, die Pfänder müssen zurückgegeben werden, de u. s. w. 2) Von dem Augenblick an, da die wechselsw

gen existirten, erlöschen sie entweder beyde völlig, oder die eine wird quoad concurrentem summam vermindert (*2). Sie erlöschen völlig, wenn sie von gleicher Quantität sind, z. E. wenn ich einem 100 Thlr. schuldig bin, und er mir eben so viel schuldig wird: so sind beyde Schuldposten erloschen. Wenn die eine Schuld aber größer ist, als die andere: so wird nur die concurrente Summe getilgt; das heißt, von der größeren geht so viel ab, als die kleinere ausmacht. Z. E. ich bin einem 1000 Thlr. schuldig gewesen, nun wird er mir 600 Thlr. schuldig. In diesem Fall geht von der größern, von den 1000 Thlr. die summa concurrens, das heißt, die Summe der kleinern Schuld, die Summe von 600 Thlr. ab.

Nach dem alten Römischen Recht war ein Unterschied zwischen den contractibus bonae fidei und stricti iuris, den ich oben §. 751. erklärt habe, der aber in den neuen Gesetzen aufgehoben worden ist.

(1) Die Gesetze, §. 30. I. h. t. L. 4. C. de compensat. sind ganz deutlich. Indessen sind verschiedene Juristen anderer Meynung. S. *Vasquii* controvers. illustr. us. frequent. lib. 3. cap. 64. n. 7. p. m. 243 sqq.

(2) Also nicht erst von der Zeit an, da die exceptio compensationis vorgebracht wird; auch nicht von der Zeit an, da die wechselsweisen Forderungen liquid gemacht worden sind (compensatio retrotrahitur); *Struv.* Ex. 21. th. 26. *Pufendorf* tom. 1. obs. 178. Weber am a. O. S. 69. — Die *entgegenstehende* Lehre Hubers praelect. ad Pand. XVI. 2. 4. ist der Natur der Sache, und der deutlichen Vorschrift L. 4. C. de compensat. entgegen. Die Regel: liquidi cum illiquido etc. hat eigentlich nur den Sinn, daß der Richter eine Gegenforderung, wenn sie zur gehörigen Zeit nicht erwiesen ist, für jetzt nicht achtet. Der Beklagte muß einstweilen den Kläger befriedigen, und kann seine Forderung danächst klagend verfolgen. Wird sie aber in der Folge erwiesen, so muß auch die Wirkung der Compensation, da diese ipso iure geschieht, auf den Anfang des wirklichen Daseyns der Gegenforderung zurück gerechnet werden. Dieß kann z. B. dem Beklagten in Ansehung der seitdem indebite bezahlten Zinsen, als welche nach aufgehobener Hauptschuld nicht Statt finden, sehr zu Gute kommen. *Pufendorf* observ. iur. univ. l. c. W.

§. 981. Von der Confusion.

Die dritte Tilgungsart aller Obligationen heißt *confusio*. (S. die 63. Tabelle). Zuweilen kommen Rechte und Verbindlichkeiten in Einer Person zusammen, die zuvor auf verschiedenen Personen ruheten. Dieses trägt sich auf mancherley Weise zu. Zuweilen treffen zwey dingliche Rechte in Einer Person zusammen; zuweilen geschieht ein solches Zusammentreffen bey dem iure *ad rem*.

Bey den dinglichen Rechten können folgende Fälle vorkommen: 1) Theile eines dinglichen Rechtes, z. E. die Proprietät und der Nießbrauch, dominium directum und utile kommen an Eine Person. Der Proprietar kauft z. E. den Nießbrauch an sich, oder der Usufructuar erwirbt sich die Proprietät (§. 378.). Der dominus directus bekommt das dominium utile oder umgekehrt. Jetzt

hören beyde Rechte förmlich zu existiren auf; es ist kein Usufructuar und Proprietar, kein dominus utilis und directus mehr vorhanden. 2) Das ius in re ist mir zur Sicherheit auf eine Sache gegeben, und nun werde ich zugleich Eigenthümer der Sache. Z. E. mein Schuldner hat mir sein Haus verhypothecirt, nun stirbt er, und ich werde sein Erbe, also auch Eigenthümer des Hauses. Jetzt hört das Pfandrecht auf. Endlich 3) kann auch das Eigenthum und das Recht einer Real-Servitut zusammenkommen (§. 368.), und in diesem Fall hört die Servitut auf.

Ich habe gesagt, manchmal geschehe eine Concurrenz bey dem iure ad *rem*. Auch hier sind drey Fälle möglich. Es kommt entweder 1) **Recht und Verbindlichkeit** zusammen, oder 2) **eine Verbindlichkeit zu der andern**, oder 3) **ein Recht zu dem andern**.

Also der erste Fall ist: Recht und Verbindlichkeit kommen zusammen. Dieß kann sich auf verschiedene Art zutragen. Nemlich a) **Recht des Gläubigers und Verbindlichkeit des Schuldners** können zusammentreffen. Dahin gehören die Fälle: wenn der Gläubiger stirbt, und der Schuldner sein Erbe wird; oder wenn der Schuldner stirbt, und der Gläubiger ihm succedirt; oder endlich, wenn beyde sterben, und ein Dritter sie erbt. In allen diesen Fällen hört das Recht und die Verbindlichkeit auf, da Niemand ein Recht gegen sich selbst haben kann. Es können aber auch b) **Recht des Gläubigers und Verbindlichkeit des Bürgen** in einer Person concurriren; nemlich wenn der Bürge stirbt, und der Gläubiger ihn erbt; oder umgekehrt, der Gläubiger stirbt, und der Bürge sein Erbe wird; oder endlich beyde, Gläubiger und Bürge mit Tode abgehen, und ein Dritter ihr Erbe wird. In diesen Fällen hört die fidejussorische Verbindlichkeit auf.

Der zweyte Fall war, wenn eine Verbindlichkeit mit der andern in Einer Person zusammentrifft. Sind diese Verbindlichkeiten von einerley Art, z. E. ein correus stirbt, und der andere erbt ihn, oder einer von mehreren Mitbürgen stirbt, und der Andere wird sein Erbe: so bleiben beyde Verbindlichkeiten bey Kräften (*1). Sind hingegen die Verbindlichkeiten von verschiedener Art, eine nemlich ist principal, die andere ist accessorisch: so geht die letzte zu Grund. Die hieher gehörigen Fälle sind: Der Schuldner stirbt, und der Bürge wird sein Erbe; der Bürge stirbt, und der Schuldner succedirt ihm; beyde, Schuldner und Bürge, sterben und ich bin ihrer beyder Erbe.

Endlich der lezte Fall ist: zwey iura ad rem kommen an Eine Person, z. E. ein correus stipulandi stirbt, und setzt den andern zum Erben ein. Auch hier geschieht keine Confusion (*2).

(1) Ich kann also den Erben nicht nur aus eigener Person, sondern auch als Erben belangen, wie es mir vortheilhaft ist. Hätte er z. E. in eigener Person

eine Exception, die dem andern correo nicht zustand, so belange ich ihn als Erben. L. 93. §. 1. D. de solut., wo man aber *non* confunditur lesen muß. L. 5. D. de fideiussor.

(2) L. 93. pr. de solut. L. 5. de fideiussor. Der Nutzen dieses Satzes, wie Scävola in der L. 93. sagt, ist, daß wenn dem verstorbenen correo eine Exception entgegen stand, ich der Ueberlebende gegen den Schuldner klagen kann, ohne daß dieser sich mit der Exception zu schützen vermag. Ich belange ihn nicht als Erbe des verstorbenen correi, sondern aus eigener Person. — Man sehe überhaupt hiebei *Voet* comment. ad Pand. XLVI. 3. 18 zc.

§. 982. Von der sollennen Deposition.

Auch durch die sollenne Deposition (die vierte gemeinschaftliche Tilgungsart der Verbindlichkeiten) kann eine Schuld aufgehoben werden. Sie setzt voraus, daß ich einem etwas schuldig bin, und a) ihm wirklich, nicht blos mit Worten, b) die ganze Schuld, c) zur rechten Zeit, d) am gehörigen Ort, e) in den schuldigen Münzsorten anbiete (*); f) daß er die Annahme aus nichtigen Ursachen verweigert, g) ich ihn citiren lasse (ad videndum deponi). h) In dem angesetzten Termin versiegle ich die Sache, und i) deponire sie alsdann im Gericht, oder an einem dritten sichern Orte, den die Obrigkeit wählt. Also drey Handlungen gehören zu dieser Tilgung der Verbindlichkeit: das wirkliche Anbieten, die Versiegelung und Niederlegung (oblatio, realis obsignatio, depositio). Wenn einer davon fehlt: so heißt es depositio *minus sollennis*, und diese hat der Regel nach die Wirkungen der sollennen nicht.

(1) Auch wenn ein Anderer für den Schuldner bezahlen, und der Gläubiger die Zahlung nicht annehmen will, hat die Deposition Statt. *Vinn.* ad pr. I. h. t. n. 10.

§. 983. Wirkungen derselben.

Nemlich die sollenne Deposition wirkt so viel, daß 1) der Schuldner von seiner Verbindlichkeit frey wird; also auch der Zinsenlauf hört auf; die Bürgen und Pfänder werden frey. 2) Daß der Schuldner die Gefahr der deponirten Sache nicht mehr auf sich hat. Wenn sie z. E. gestohlen wird, so muß der Gläubiger den Schaden tragen.

In einigen Fällen hat die nicht feyerliche Deposition Statt. Nemlich 1) giebt es Fälle, wo die wirkliche Oblation allein ohne Deposition hinreichend ist. Dahin gehört der Fall in der L. 9. §. 1. D. und L. 9. C. de usur. (IV. 32.). Ich habe einem geringe Zinsen versprochen, z. E. drey Procent, aber auf den Fall, wenn ich sie nicht jedesmal auf den gesetzten Tag zahlen würde, mich zu höheren, z. E. zu vier Procent verbindlich gemacht. Hier hat die Oblation allein den Effect, daß ich von der Verbindlichkeit zu höheren Zinsen frey werde. 2) Kommen Fälle vor, wo die Versiegelung und Deposition, ohne vorhergegangene wirkliche Oblation hinreicht, und alle Wirkungen der sollennen Deposition hat. Dies geschieht, a) wenn ich dem Gläubiger nicht mit Sicherheit zahlen

kann, weil er z. E. minderjährig, und noch kein Curat
ich nicht weiß, an wen ich zahlen soll, weil mehrere über
c) wenn mir der Richter auf die Sache einen Arrest g
Gläubiger nicht zahlen darf. Endlich giebt es 3) Fäll
wirklich zu geschehen braucht, sondern wenn sie blos
(verbalis oblatio) einige Wirkungen der sollennen De
schieht, a) wenn ich selbst nicht weiß, was ich schuldig
nung geschehen ist, z. E. in der Societät. Hier ist es,
hemmen genug, daß ich mich zur Abrechnung offerire.
bewegliche Sache schuldig bin. Habe ich diese dem
angeboten, und darauf dereliquirt, so ist sie aus mei

(1) *Zanger* de except. part. 3. cap. 2. n. 147. sqq.
consignat. et deposit. rei debitae, cap. 6. et 7.

§. 984. Vom Untergang der Sach

Zuweilen wird der Schuldner durch den Unterga
ner Verbindlichkeit frey (der fünfte modus tollendi
ich nemlich einem etwas schuldig bin, und die Frage en
Untergang der Sache von meiner Verbindlichkeit frey w
64. Tabelle) folgende Fälle zu unterscheiden. Der erste:
Sache (speciem); der zweyte, ich bin ein genus oder e
Im ersten Fall, wenn ich einem eine bestimmte Sache
durch Zufall zu Grunde geht: so ist meine Verbindlichk
wir haben oben (§. 761.) die Regel gelernt: si sermo e
danda, casum sentit is, cui res debetur, oder welche
speciei liberatur casuali interitu rei. Im letzten Fa
weder alle Individuen, die zu dem Geschlecht gehören,
Gehen sie alle zu Grund, so ist meine Verbindlichkeit e
ich einem ein Gemälde von einem Meister versprochen h
Stücke existirten, und diese drey giengen durch Zufall zu G
meiner Schuld befreyt. Gehen aber nur einige von den
so bin ich nicht frey, denn ich kann und muß eins von
Dies will die Regel sagen: genus et quantitas perire

(1) *Io Aug. Reichardt* diss. de casu obligationem toll

§. 985. In welchen Fällen der Untergang der Sache den S

Zuweilen muß Jemand den *casum* prästiren, da
den ich durch einen Zufall leide, mir ersetzen; und dieß
er entweder a) in *mora* oder b) in *culpa* ist, oder c) di
nommen hat. Der Untergang der Sache befreyet als
wenn er sich in mora befindet; sofern es nemlich eine sc
ist, die etwas dazu beygetragen hat, daß die Sache zu

Beyspiele habe ich oben (§. 760.) gegeben. Ein Dieb und Räuber wird daher durch den Untergang der gestohlnen oder geraubten Sache nicht von der Verbindlichkeit befreyet, den Eigenthümer zu entschädigen; denn er ist, wie die Juristen sagen, in *perpetua mora*. Von dem Augenblick an, da er die Sache stahl oder raubte, war er schuldig, sie zurück zu geben, von diesem Augenblicke also an war er saumselig. Eben so wenig wirkt der Untergang der Sache die Aufhebung der Verbindlichkeit, wenn der Schuldner etwas versehen hat (in culpa ist), der casus also nicht merus, sondern mixtus ist. Nur muß es ein Grad von Versehen seyn, der in vorliegendem Fall zu prästiren ist. Wenn z. E. meine Sache bey dem Verkäufer zu Grunde geht, und er nur culpam levissimam dabey begangen hat: so steht er für den casum nicht; denn er prästirt nur culpam latam und levem (§. 871.).

§. 986. Von der Novation.

Die **Novation** ist die sechste Art, die Verbindlichkeiten von jeder Gattung zu tilgen. In weitläufigem Sinne heißt Novation jede Veränderung, welche mit einer Verbindlichkeit vorgeht. Wird durch eine Stipulation die alte Verbindlichkeit aufgehoben, und eine neue an deren Stelle gesetzt; so heißt die eigentliche Novation (*novatio privativa*). Wenn hingegen *die erste* Verbindlichkeit in ihrem Wesen bleibt, und neue Eigenschaften bekommt: so ist es Novation in uneigentlicher Bedeutung (*novatio cumulativa*).

§. 987. Eintheilungen derselben.

Die novatio cumulativa ist entweder eine nothwendige oder freywillige. Die nothwendige geschieht vermöge der gesetzlichen Vorschrift von selbst (ipso iure); die freywillige hingegen gründet sich auf einen Vertrag. Jene wird durch die Litis Contestation bewirkt (* *), und es hat damit folgende Bewandtniß.

1) Wenn bey den Römern einer den andern vor dem Prätor belangte, dieser einen Commissarius (iudicem pedaneum) zur Untersuchung der Sache bestellte, und die Partheyen declarirten, daß sie ihn annähmen, und sich seiner Entscheidung unterwürfen: so hieß diese Erklärung litis contestatio.

Diese litis contestatio hatte einige Wirkungen, vermöge deren sie als eine Novation angesehen wird. Nemlich a) sie macht, daß gewisse Klagen auf die Erben übergehen und gegen die Erben fortgesetzt werden können. Gewisse Klagen, welche, wie man sagt, blos auf Rache abzwecken, können von dem Erben des Beleidigten nicht angestellt werden. Hat aber dieser geklagt, und litem contestiret, so kann der Erbe den Proceß fortsetzen (§. 1192.). Eine Pönalklage kann nicht gegen den Erben des Delinquenten angestellt werden (§. 1194.). Wenn ich aber den Delinquenten selbst belange, litem mit ihm contestire, und er nun stirbt, so geht der Proceß gegen die Erben fort.

b) Die

b) Die Temporalklagen werden durch die Litis Contestation in perpetuirliche verwandelt. Eine perpetuirliche Klage (actio perpetua) heißt nemlich die, welche binnen dreyßig oder mehr Jahren angestellt werden kann; *actio temporalis*, welche kürzere Zeit dauert (§. 1183.). Stelle ich nun eine Temporalklage an, und lasse sie nach der Litis Contestation liegen, so kann ich binnen dreyßig Jahren den Proceß wieder fortsetzen, und wenn ich eine perpetuirliche angestellt habe, so kann ich dieß binnen vierzig Jahren thun (*[2]).

2) Diese Wirkungen lassen sich aus der Natur der Litis Contestation noch ziemlich gut herleiten. Denn der Beklagte erklärte, er wolle sich dem Ausspruch des Judex unterwerfen. Er war also von nun an auch aus dieser Erklärung neuerlich verbunden.

3) In den neuern Zeiten kam bey den Römern die vorhin beschriebene Verfahrungsart im Proceß gänzlich ab. Nun verstand man unter der Litis Contestation Klage des einen, und Antwort des andern Theils. Indessen behielt man den Satz: die Litis Contestation enthält eine Novation, mit seinen Folgen bey, obgleich in der Litis Contestation, nach dieser neuen Bedeutung, eine Novation auf keine Weise enthalten ist.

4) Wir verstehen heutigestages unter der Litis Contestation blos die Antwort des Beklagten, worin er sich über Wahrheit oder Unwahrheit des factischen Grundes der Klage erklärt (*[3]), haben übrigens den Satz, daß die Litis Contestation eine Novation enthalte, ebenfalls beybehalten (*[4]).

Die novatio cumulativa *voluntaria* kommt in folgenden Fällen vor: 1) wenn ich einem aussergerichtlich über eine Forderung, die er an mich macht, einen Eyd deferire, und er ihn abschwört; so muß ich bezahlen, gesetzt auch, daß er falsch geschworen hätte (*). Bey uns kommen solche aussergerichtliche Eyde höchst selten oder nie vor. 2) In gewisser Maaße bey der Conventionalstrafe. Man heißt nemlich Conventionalstrafe eine Sache, die ich auf den Fall verspreche, wenn ich einen Vertrag nicht erfüllen werde. Sie kann auf dreyerley Art festgesetzt werden: a) so daß der Promissar die Wahl hat, ob er die Erfüllung des Vertrags oder die Strafe fordern will; b) dergestalt, daß er, im Fall das Hauptobject nicht geleistet wird, allein auf die Strafe soll klagen können; endlich c) so, daß er beydes, die Erfüllung des Hauptvertrages und die Strafe verlangen kann, *ut rato manente pacto, poena debeatur*. Wann liegt aber in der Festsetzung einer solchen Strafe eine Novation? Man bemerke: Erfüllung des Hauptvertrages und Strafe zusammen kann der Promissar nicht fordern, wenn es nicht ausbedungen ist (*[5]). Darüber aber wird gestritten, ob, im Fall der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, der Gläubiger nun auf die Conventionalstrafe klagen müsse, und die Erfüllung des Hauptvertrages nicht fordern könne; oder ob es von ihm ab-

hange, was er verlangen wolle, Conventionalstrafe, oder Erfüllung des Vertrages, und das will die famöse Streitfrage sagen: an stipulatione poenali novetur obligatio (*6). Ich halte es mit denen, welche sie verneinen, also behaupten, daß der Promissar, wofern nicht etwas anders ausgemacht ist, klagen kann, worauf er will (*7). Durch Festsetzung einer Conventionalstrafe geschieht also nur in dem Fall eine Novation, wenn bedungen wird, daß der Schuldner durch Zahlung der Strafe sich von der Erfüllung des Vertrages solle befreyen können.

(1) Allein wird durch die richterliche Sentenz nicht auch eine Novation bewirkt? Dieß läßt sich in gewissem Verstande behaupten; sie vollendet die Novation, welche durch die Litiscontestation geschehen ist. *Brunnem.* ad L. 3, C. de usur. rei iud. (V. 54.) ibiq. cit.

(2) Von der Wirkung der Litiscontestation in Ansehung der Unglücksfälle s. oben §. 761. Eine sehr practische Frage ist: wie wirkt die Litiscontestation auf die *fidem* des Besitzers? (§. 332. Not. 3.) nämlich 1) wird jeder Besitzer durch die Litiscontestation zu einem unredlichen gemacht (in malam fidem gesetzt), und 2) muß er die Früchte, a) welche zur Zeit der Litiscontestation vorhanden waren, aber nachher consumiret worden sind, b) die, welche er erst nach der Litiscontestation gezogen hat, c) die, welche er hätte ziehen können, dem Eigenthümer ersetzen? Daß jeder Besitzer von der Zeit der Litiscontestation, ja schon von Zeit der erhobenen Klage an, als ein malae fidei possessor anzusehen sey, wird in vielen Gesetzstellen gesagt. Man sehe z. B. L. 20. §. 6. L. 25. §. 7. D. de hered. petit. L. 1. §. 1. C. eod. (III. 31.) L. 45. D. L. 22. C. de rei vind. (III. 32.) §. 2. I. de offic. iud. Nun behaupten zwar *Bynkershoek* obs. lib. 8. cap. 12. *Leyser* sp. 83. med. 5. sp. 94. m. 3. sp. 99. med. 6. sp. 249. m. 1. 2. 3. sp. 450. m. 3. *Brokes* sel. obs. for. obs. 9. *Cunzmann* diss. de b. f. possessore, fructus a tempore litis contestatae restituente et non restituente, (Marb. 1740.) §. 12. sqq. daß diese Regel ohne Widerspruch der gesunden Vernunft nicht so allgemein gelten könne, indem der Besitzer einer Sache dadurch, daß er belangt wird, noch nicht überzeugt werde, daß er mit Unrecht besitze. Er komme erst alsdann in malam fidem, wenn der Kläger seine Ansprüche deutlich erweise. Wenigstens könne man das, was die Römer von ihrer litis contestatione behaupteten, nicht auf die unsrige anwenden, weil vor jener der Kläger alle Documente zu ediren schuldig gewesen sey, welches er heutzutage vor der Einlassung des Beklagten zu thun nicht verbunden ist. Allein *Hasse* diss. de litis contestatione an et quatenus b. f. possessor per eam in mala fide constituatur, Goett. 1780. wendet dagegen mit Grund ein: daß der Besitzer durch die Litiscontestation nicht immer in eine wirkliche malam fidem gesetzt werde, ist wahr. Es folgt aber daraus nicht, daß er nicht civiliter, in gewissen Rücksichten, Folgen gegen sich gelten lassen müsse, die sonst nur den unredlichen Besitzer treffen, z. B. daß er die Früchte, welche er nach der Litiscontestation verzehrt oder ziehet, oder hätte ziehen können, nicht herausgeben oder ersetzen müsse. Daß er dazu angehalten werde, ist auch nicht unbillig. Denn sobald ich wegen einer Sache in Anspruch genommen werde, ist es wenigstens zweifelhaft, ob ich die Sache behalten, oder sie abzutreten genöthiget seyn werde. Ich muß also die

Früchte aufbewahren, auch so viele zu ziehen suchen, der Eigenthümer keinen Schaden leide. (vergl. §. 32 Strube rechtl. Bed. 5. Band 127. ꝛc. Seite. und d ren. — Vorzüglich hat Westphal von den Arten Sache gut erläutert. W.

(3) Bey den Römern war also die Litiscontestation ei uns ist sie eine einseitige. *Car. Godofr. de Winckler* litis contestationem iure veteri ac hodierno, et utri in opusc. Vol. 1. p. 351. sqq.

(4) Zwar will *Winkler* l. c. §. 2. p. 353. sqq. läugnen, tio eine Novation enthalte. Allein er giebt doch zu, d bey uns gelten, daß die Klagen durch die L. C. perpe in Ansehung der Erben dieselbe Wirkung hat, wie na Da auch unstreitig bey uns aus dem angefangenen zur Entscheidung des Richters bestimmten Sache alle bindlichkeit entsteht, sich den rechtlichen Fortgang des und was das förmliche Recht des gerichtlichen Urthei zu erfüllen, so läßt es sich wohl rechtfertigen, daß ma gen der Novation, des Uebergangs der Klagen au Litiscontestation in den neueren Bedeutung ebenfalls

(*) *Malblanc* doctrina de iureiurando §. 35. ꝛc.

(5) L. 10. §. 1. D. de pact. L. 14. C. eod. *Vinn.* ad §.

(6) *Alciat.* ad L. 115. §. 2. de verb. oblig. in oper. (l p. 808. sagt, man habe dreyzehn verschiedene Meynu

(7) L. 115. §. 2. D. de verb. oblig. L. 122. §. 2. eod. poenali stipulat. principalis novetur obligatio, in op num. 5. *Hunnii* resolut. lib. 3. tract. 4. quaest. 9. stipulat. cap. 3. *Lauterbach* diss. de poe convent. effectu poenae convent. sponsal adiect. §. 26. in opu schwierigkeit macht L. 44. §. 6. D. de obligat. et act. cherley Weise zu heben. Mir gefällt die Erklärung a ad Pand. tit. de novat. et delegat. n. 4 anführt. W nians Verordnung und der L. ult. C. de novat. die Man sehe überhaupt hiebey Glück's Pandecten Th. 4.

§. 988 Von der eigentlichen Novat

Die wahre und eigentliche Novation, novatio p Römern eine Stipulation, wodurch die alte Verbindlich eine neue an ihre Stelle gesetzt wird. Ihre Erfordern Verbindlichkeit, b) eine neue, c) eine Stipulation. Stipulation geschehen (**). In Deutschland geschieh trag, der mit jeden beliebigen Worten geschlossen werder

Diese eigentliche oder privative Novation ist ent gation verbunden, oder nicht.

(1) Ob die alte Obligation aus einem Formularcontract standen sey, ist gleichgültig. Auch ist nichts daran gel

Ooooo 2

bindlichkeit völlig wirksam sey (civiliter teneat) oder nicht. *Vinn.* ad §. 3. h. t. n. 1.

§. 989. Von der Novation ohne Delegation.

Ohne Delegation geschieht die Novation, wenn der vorige Schuldner und Gläubiger bleiben, und nur die Obligation geändert wird. Dahin gehört: 1) wenn man das ganze Fundament der Verbindlichkeit aufhebt, und ein neues substituirt; z. E. ich bin einem 1000 Thlr. aus einem Kaufcontracte schuldig, und gebe ihm eine Verschreibung, worin ich bekenne, diese 1000 Thlr. von ihm vorgeschossen erhalten zu haben; verwandle also die Schuld aus dem Kauf in eine Schuld aus einem Darlehn. 2) Wenn man die zufälligen Bestimmungen der Verbindlichkeit, Zeit, Ort, Bedingung, *animo novandi* ändert. Ich war einem, z. E. 1000 Thlr. auf Ostern 1780. schuldig, und wir verlängern den Zahlungstermin bis Pfingsten; oder ich war einem die Waare in Frankfurt zu liefern schuldig, und verspreche nun, sie in Hamburg zu liefern; oder ich war nur bedingungsweise verbunden, und verpflichte mich jetzt unbedingt. Nur muß in allen diesen Fällen die Absicht der Interessenten, die erste Obligation aufzuheben, und eine andere an ihre Stelle zu setzen, außer Zweifel seyn. 3) Wenn zwar weder das Fundament, noch die zufälligen Bestimmungen der vorigen Verbindlichkeit ausdrücklich geändert werden, aber doch die Absicht, eine Novation vorzunehmen (animus novandi), erklärt wird. Dahin gehört, a) wenn ich eine alte, z. E. im Jahr 1770. ausgestellte Handschrift zurücknehme, und dagegen eine neue unter dem Datum 1780. ausstelle; b) wenn ich über eine Forderung transigire. Wenn nemlich Jemand an mich eine Forderung macht, die ich abläugne, und wir endlich einen Vertrag schließen, vermöge dessen ich einen Theil bezahle, und er den andern Theil nachläßt: so ist *transactio*, ein Vergleich, vorhanden. In diesem Vergleiche liegt eine Novation, denn die erste Verbindlichkeit wird aufgehoben (*1).

Noch ist zu bemerken, daß einer, der willens ist, eine neue Verbindlichkeit an die Stelle der alten zu setzen, diese Absicht deutlich erklären muß. Denn thut er dieß nicht, so bleibt die alte Verbindlichkeit bey Kräften, und die neue ist auch gültig, er ist also zweymal verbunden (*2). Z. E. wenn ich einem zwey Handschriften, eine über 600, die andere über 400 fl. ausgestellt habe, nun aber die beyden Summen zusammenziehe, und eine Handschrift über die ganzen 1000 fl. ausstelle: so muß ich mir die ältern zurückgeben lassen, oder in die neue setzen, daß jene erloschen seyn sollen. Denn sonst kann ich aus allen dreyen belangt werden.

(1) *Faber* ad Cod. tit. de transact. def. 2. *Gundling* diss. de transact. stabilit. §. 33. in exerc. p. 344. Anderer Meynung sind *Lynker* in commentar. ad Pand. pag. 422. und *Stryk* us. mod. tit. de transact. §. 4.

(2) Die alten Juristen stritten sehr darüber, ob der animus novandi durch Ver-

muthungen erwiesen werden könne, und welche Verm
ten? Diesen Streit zu entscheiden, gab Justinia
ordnung, L. ult. C. de novat. (VIII. 42.) sancimus
sonam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acce
augendam vel minuendam esse crediderit, vel cond
diderit, vel detraxerit, vel cautionem minorem acc
rit, ex quo veteris iuris conditores introducebant no
prioris cautelae innovari, sed anteriora stare et poste
accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem pri
hoc expresserint, *quod secundum magis pro anteri*
ist dadurch der Streit nicht geendigt worden. Denn
gelehrten darüber nicht einig, ob nicht die Novation a
muthungen (coniecturis urgentibus et manifestis) ge
ob seine Verordnung bey uns angenommen sey; ob si
Delegation verbündene Novation gehe, rc. Eine
des Gesetzes giebt *Io. Werlhof* diss. ad L. fin. C. de no
1709. §. 6 sqq. S. auch *Voorda* interpret. lib. 2.
Leyser obs. 875.

§. 990. Von der Delegation.

Die Delegation, Ueberweisung einer Schuld,
durch ein neuer Schuldner mit seiner Bewilligung an
gesetzt wird. Wer nemlich die Verbindlichkeit eines An
zu nehmen verspricht, daß der Andere gänzlich davon
heißt ein *expromissor*, und sein Versprechen eine *expron*
zwischen drey Personen aber, dem Gläubiger, Schuld
worin der Expromissor verspricht, daß er die Schuld ü
der Gläubiger sich dem alten Schuldner verbindlich mach
zum Schuldner anzunehmen, heißt Delegation.

Die Expromission und Delegation sind also darin
promissio kann geschehen ohne Wissen und Willen de
kann die Schuld eines Andern übernehmen, ohne Auf
haben. Ja, wenn mir Jemand verbietet, für ihn zu e
es dennoch thue: so wird er von seiner Schuld frey.
tion geschieht mit Einwilligung des alten Schuldners.
gation geschieht daher auch eine Expromission (vetus deb
debitor expromittit), aber nicht umgekehrt; eine Exp
Delegation Statt finden.

Die drey Personen, welche bey der Delegation vor
gende Namen: der alte Schuldner heißt *delegans*; den
als *substituere*, dieser Schuldner aber substituirt wirklich
neue Schuldner oder Expromissor heißt *delegatus*; den
das heißt, substituirt. Und der Gläubiger, da er nicht

substituirt wird, bekommt einen Namen, der weder eine active noch passive Bedeutung hat, er heißt *delegatarius*.

Die Anmerkung beantwortet die Frage: ob die Delegation eine Stipulation erfordere? Die Antwort ist: Der Auftrag, den ich einem gebe, meine Schuld zu übernehmen, und meinen Gläubiger statt meiner zu befriedigen, kann ohne feyerliche Worte geschehen. Delegare scriptura vel nutu, ubi fari non potest, debitorem suum quis potest, sagt Ulpian (*1). Wenn aber eine Novation geschehen soll, wenn ich, der alte Schuldner, frey werden, und meine Verbindlichkeit auf den neuen, auf den Delegaten, übergehen soll, so muß dieser durch eine Stipulation die Schuld übernehmen. Die Formel war: quod Titium mihi dare oportet id dari spondes (*2)?

Da wir in Deutschland keine Stipulationen haben, so fallen sie auch hier weg (*3).

(1) L. 17. D. de novat. *Meermann.* thesaur. Tom. I. p. 445 sqq.

(2) L. 32. L. ult. §. ult. D. eod.

(3) *Coccejii* iur. controv. tit. de novat. Qu. 2. läugnet, daß die Novation heutigestages mit gemeinen Worten geschehen könne. Dieß ist eine von den paradoxen Behauptungen, dergleichen man bey diesem Autor viele findet.

§. 991. Wirkungen der Novation.

Die Wirkungen der privativen und eigentlichen Novation sind dieselben, welche die Zahlung hervorbringt. Die alte Verbindlichkeit wird aufgehoben: also nicht nur der Schuldner, sondern auch die Bürgen und Pfänder werden frey. Wenn ich z. E. einem eine Schuld aus einem Darlehn schuldig war, und ihm desfalls eine Hypothek bestellt hatte, diese Schuld aber durch Novation in eine andere verwandle, ohne die Hypothek zu erneuern, so ist sie erloschen. Auch wenn der Gläubiger wegen der alten Forderung ein besonders Privilegium, Vorzugsrecht u. dgl. hatte, so geht es durch die Novation verlohren (*1). An manchen Orten haben z. E. die Erbgelder (*pecunia hereditaria*), was ein Miterbe bey der Erbtheilung wegen übernommener liegender Güter an die andern herauszahlen muß, ein besonderes Vorzugsrecht im Concurs. Wenn aber ein Miterbe dieses Geld bey dem andern, der es zu zahlen hat, als ein Darlehn stehen, sich eine Schuldverschreibung darüber ausstellen, Zinsen davon versprechen läßt, so verliert er seine Vorzugsrechte.

Was insonderheit die Novation betrifft, welche mit einer Delegation verknüpft ist, so bemerke man: der Delegatarius macht sich in der Delegation verbindlich, den neuen Schuldner statt des alten anzunehmen; er erläßt also dem alten seine Verbindlichkeit gänzlich, und schlechterdings, ohne Bedingung. Folglich haftet dieser seinem ersten Gläubiger nicht mehr, wenn auch gleich der Expromissor nicht verbunden ist, oder ausser Stand kommt, zu zahlen. Man denke sich z. E. den Fall, daß ein Pupill ohne des Vormunds Einwilli-

gung eine Schuld durch Delegation übern[illegible]t. Dies
Heit ungültig, daß der Pupill nicht belangt werden kan
kann der Gläubiger auch nicht mehr gegen den vorigen S
Nur in dem Fall, wenn eine Weibsperson eine fremde
mission übernimmt, verordnen die Gesetze, daß dem G
rung gegen den alten Schuldner wieder hergestellt werde

(1) L. 9. L. 29. D. de novat. Wenn indessen bey der N
wiederholt, d. i. ausgemacht wird, daß dem Gläubige
Pfandrecht bleiben solle, so verliert er das Vorzugsr
das Alter seines Pfandrechts vor einem jüngeren P
pot. in pign.

(2) L. 1. §. 1. L. 20. §. 1. D. de novat.

(3) L. 14. D. ad SC. Velleian.

§. 992. Unterschied der Delegation und einiger äh

Die Delegation ist also 1) von der Fidejussion
und vom *constituto alieno* unterschieden. Denn in dies
wird die alte Obligation nicht aufgehoben. Der Bürge u
nimmt zwar auch die Verbindlichkeit; der erste Schuldn
freyet (§. 835.).

2) Die Delegation ist verschieden von der Cession. *
unter der Cession eine Vollmacht, vermöge deren Jema
die ich ihm verkauft, geschenkt rc. habe, in meinem Na
was er bekömmt, behalten soll. Nemlich die Römer
meine Klage, d. i. mein Recht zu klagen, kann ich einem
actiones non transeunt nisi ad heredem. Denn eine
dem zu, der das dingliche Recht hat; eine Personalklage
Anderer verpflichtet ist (*1). Wenn ich Einem also eine Fo
schenkte oder verkaufte, und er daraus klagen wollte, s
Vollmacht geben, die Forderung als mein Bevollmächtigt
auszuklagen. Diese Vollmacht hieß *cessio actionis* (*2).
der Delegation ganz unterschieden. Denn 1) ist sie keine
Schuldner bleibt mir, wenn ich gleich actiones cedirt hab
und kann daher an mich bezahlen. Gegen den, welchen
habe, bekommt er keine Verbindlichkeit. 2) Der Schuldne
ich die Klage cedire, alle die Exceptionen entgegensetzen,
konnte; denn die Cession kann ihm seine Rechte nicht ben
bitoris per cessionem non fit deterior). Hingegen de
Delegatar die Exceptionen nicht entgegensetzen, die er ge
hatte; denn indem er sich ohne Vorbehalt seiner Einreden
sagt er ihnen (*3). Wenn z. E. A. dem B. und B. dem C

ist, und A. die Schuld des B. an den C. zu zahlen übernimmt, also statt des B. delegirt wird; so kann er in der Folge nicht sagen, daß ihm gegen die Forderung des B. die Exception der Compensation zugestanden habe, und daß er diese auch jetzt dem C. entgegensetze.

In Deutschland haben wir die Römische Subtilität, daß das Recht zu klagen nicht von einem auf den Andern übergehen könne, nicht angenommen. Wem ich also einen solchen Anspruch abtrete, der kann ihn in eignem Namen einklagen. Auch der Schuldner (debitor cessus) wird von seiner Verbindlichkeit gegen mich, den ersten Gläubiger (cedentem) frey, und dem neuen Gläubiger (cessionario) in dem ganzen Umfange verhaftet, wie er es mir war, vorausgesetzt, nemlich, daß ich ihm meine Forderung völlig abgetreten habe (*4). Wenn ich indessen eine Forderung cedirt habe, und der Schuldner, dieser Cession unwissend, mir, dem ersten Gläubiger (dem Cedenten), bezahlt: so ist er seiner Schuld entledigt (*5). Daher ist es eine nöthige Cautel, daß der, welcher sich eine Forderung cediren läßt, sogleich dem Schuldner Nachricht davon gebe. Wenn dieß geschehen ist, so darf der Schuldner dem Cedenten nicht mehr zahlen. Also der erste vorhin angeführte Unterschied zwischen der Cession und Delegation fällt bey uns größtentheils weg. Hingegen der zweyte gilt auch bey uns; da sein Grund bey uns eben so gut, als bey den Römern, eintritt (*6).

(1) *Schulting* thes. controv. dec. 63. th. 2.

(2) Cedere actiones ist nichts anders, als mandare actiones; ius *persequendi debiti* per mandatum in alium transferre. S. L. 3. §. 5. D. de in rem verso. L. 2. in fin. D. famil. hercisc. L. 24. pr. D. de minor. L. 8. in fin. D. mandat. L. 76. D. de solut. L. 1. C. de novat. (VII. 42.) Wer sich eine Schuld cediren läßt, heißt daher bey den Römern allezeit *procurator in rem suam*, nicht *cessionarius*, und anstatt debitor cessus steht in der L. 1. C. cit. is, *adversus quem actiones mandantur*. *Donell*. commentar. iur. civ. lib. 15. cap. 43. *Bachov*. de act. disp. 4. th. 2. et 3. *Sande* de cess. act. cap. 1. n. 3 sqq. *Finestres* ad *Hermogenian*. p. 466. Indessen wollen Einige, z. B. *Gruber* de actionibus mandatis §. 6 sqq. *Wissenbach* de act. cess. disp. 1. num. 4. *Lenz* de act. cess. pag. 53. sqq. einen Unterschied zwischen cedere und mandare actiones machen. Daß man von den Zeiten Antoninus Pius an, die Regel festsetzte, der, welchem ich eine Forderung abgetreten habe, kann, auch ohne Cession, actionem utilem anstellen, werde ich unten §. 1091. erinnern.

(3) L. 12. 13. 19. 22. D. de novat.

(4) *Schilter* ex. 30. th. 64. — Nach *Huber* praelect. Instit. III. 27. 2. 2c. und ad Pand. XVII. 1. 4. sind aber die angeführten Grundsätze des Römischen Rechts nicht bloße Subtilitäten, sondern Folgen aus der Natur der Sache. Man s. auch *Henr. Coccei* diss. de cessione eorum quae ad heredes non transeunt, in eiusd. exercitat. curios. cap. 1. §. 1 sqq. vergl. *Gundling* larva procuratori in rem suam detracta; in Gundlingianis II. 2. *Haubold* de legato nominis §. 8. ibiq. cit. *Bachov* de actionib. IV. 3. Bey der streitigen

Frage

Frage, welche *C. W. Wehrn* in diss. de cessionatio privilegiato ad usum privilegior suor. admittendo, Erf. 1786. abhandelt, kommt gerade dieser Punkt sehr in Erwägung, wovon jedoch in den Pandecten tit. de hereditate vel act. vend. ausführlicher geredet werden muß. W.

(5) *Cramer* opusc. tom. 4. p. 366 sqq.

(6) Es behaupten zwar Manche, z. E. *Mev.* P. 4. D. 140. P. 8. D. 486. *Carpzov.* P. 2. dec. 255. *Lyncker* in analect. ad *Struv.* Ex. 21. th. 25, daß nach der Praxis bey einer cessione *onerosa* die Exceptionen, welche dem Cedenten entgegen standen, gegen den cessionarium nicht angeführt werden könnten. Allein man s. *Berger* el discept. for. tit. 11. obs. 6. Eine sehr practische Regel ist: die Abtretung einer Forderung, wenn sie nicht aus bloßer Freygebigkeit geschieht, macht den Cedenten der Regel nach verbindlich, daß er für die Wahrheit des Anspruchs (veritatem nominis), welchen er cediret, stehen muß. Hingegen für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners (bonitatem nominis) braucht er nicht zu haften. Der Grund ist: der Verkäufer ist nur schuldig zu leisten, was er wirklich verkauft hat. Das ist aber hier nichts weiter als das Recht oder die Forderung selbst. Dieses Recht erhält aber der Käufer, wofern nur die Forderung richtig ist. Durch das Unvermögen des Schuldners wird das Recht an sich nicht aufgehoben. Dieses Unvermögen kann daher dem Cedenten nicht zur Last fallen, wenn er sich desfalls nicht ausdrücklich verbindlich gemacht, oder betrüglich gehandelt hat. Weber Beytr. zur Lehre von Klagen S. 37 rc. der 2. Ausg.

§. 993. Von der Verjährung.

Auch die Verjährung ist ein Mittel, alle Arten von Verbindlichkeiten aufzuheben. Denn jeder Klage ist eine gewisse Zeit vorgeschrieben, binnen welcher sie angestellt werden muß. Geschieht dieß nicht, so ist die Klage und folglich auch die Verbindlichkeit des Schuldners (*1) erloschen. Wir werden von dieser Verjährung im 12. Titel des 4. Buchs ausführlich unterrichtet werden.

(1) Nemlich die bürgerliche. Daß die natürliche Verbindlichkeit durch die Verjährung nicht aufgehoben werde, und die Klage abgerechnet, in Gerichten immer noch darauf erkannt werden müsse, zeigt Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 92. — Richtiger würde auch die erlöschende Verjährung überhaupt nur zu den Arten, eine Verbindlichkeit ope exceptionis aufzuheben, gerechnet werden können. W.

§. 994. Von den modis propriis.

Die Tilgungsarten der Verbindlichkeit, wodurch nur gewisse Arten derselben gehoben werden können, heißen modi tollendi obligationes proprii. Es giebt nemlich eine Handlung, durch welche nur die Verbindlichkeiten aufgehoben werden können, welche durch eine Formel contrahirt worden sind (obligationes verborum): sie heißt *acceptilatio*. Durch eine andere Handlung kann man nur die Verbindlichkeiten tilgen, welche ohne Formularcontract entstanden sind, und diese heißt *mutuus dissensus*. Wenn ich nämlich Einem eine Schuld erlasse: so geschieht dieß entweder mit einer Formel, oder nicht.

Im ersten Fall heißt die Erlassung *acceptilatio*. Im letzten geschieht die Erlassung entweder durch Aufhebung eines Bilateralcontracts, oder nicht. Jene heißt *mutuus dissensus*, diese *pactum de non petendo, pactum remissorium*.

§. 995. Wie Formularverbindlichkeiten aufgehoben werden.

Die Römer hatten den Grundsatz: auf dieselbe Weise, wie eine Verbindlichkeit entsteht, muß sie auch getilgt werden. War also eine durch einen Formularcontract entstanden, so mußte sie auch durch eine Formel aufgehoben werden; und wenn sie mit simplen Worten (nudis verbis) durch einen Consensualcontract, Realcontract, pactum legitimum, praetorium oder adiectum contrahirt worden war, so mußte man sie mit dergleichen Worten auch wieder dissolviren (*1). Wenn man eine Formularobligation durch simple Worte erließ, so wurde sie nicht ipso iure zernichtet, sondern ope exceptionis, das heißt, die Verbindlichkeit blieb nach dem strengen Recht bey Kräften, doch konnte sich der Schuldner, wenn er belangt wurde, mit der exceptione pacti schützen. Wenn ich Einem hingegen eine solche Verbindlichkeit durch eine Formel erließ, so wurde sie ipso iure getilgt. Und diese durch eine Formel geschehene Erlassung einer Schuld hieß *acceptilatio* (*2).

(1) Dieß ist der wahre Sinn der Regel: nihil tam naturale est, quam unumquodque eodem modo dissolvi, quo colligatum est. Weiter muß man sie nicht ausdehnen, also z. E. nicht glauben, daß ein Contract, welcher vor Gericht geschlossen worden ist, auch nicht anders als gerichtlich aufgehoben werden könne. *Leyser* ad Pand. vol. 11. p. 171.

(2) Modestinus L. 1. D. de acceptil. sagt: acceptilatio est liberatio per *mutuam* interrogationem, qua *utriusque* contingit ab eodem nexu absolutio. *Vinn.* ad §. 1. h. t. bemerkt: haec definitio dura plerisque et absurda videtur, neque sane immerito. Andere haben diese Definition auf verschiedene Weise zu rechtfertigen gesucht. *Cuiac.* obs. lib. 5. cap. 36. *Hotom.* obs. lib. 8. cap. 18. *Chesius* lib. sing. interpr. cap. 47. in *Heineccii* iurisprud. Rom. et Att. II. 235. *Retes* ad tit. de V. O. in *Meermann.* thesaur. Tom. 7. p. 382. *Eckhard* hermenevt. iur. lib. 1. §. 197. sqq. Allein, so viel ich einsehe, ist keine dieser Vertheidigungen standhaft.

§. 996. Was ist die Acceptilation?

Die Acceptilation geschah auf folgende Art: der Schuldner fragte durch eine Formel, ob ihm der Gläubiger die Schuld erlassen wolle, und der Gläubiger antwortete in einer Formel, er wolle sie erlassen. Wenn dieß geschehen war, so war die Verbindlichkeit gehoben. Diese Frageformel war: quod ego tibi promisi, habesne acceptum, oder facis acceptum (nimmst du es für empfangen an)? und die Antwortsformel: habeo oder facio acceptum (*). Wenn man eine Verbindlichkeit, die ohne Formel entstanden war, desto sicherer durch die Acceptilation aufheben wollte: so mußte sie zuvor durch eine Novation in eine Formular-Obligation (verborum obligationem) verwandelt wer-

den. Und diese Operation heißt stipulatio Aquiliana
dem Rechtsgelehrten, C. Aquilius Gallus (*[2]).

(1) Man bemerke hier die Redensarten: debitor accepto
tum rogat, debitori acceptum fit, hingegen creditor
tum facit.

(2) Die ganze Formel steht §. 2. I. h. t. der Gläubiger Au
quid te mihi ex quacunque causa dare facere oporte
in diemve aut sub conditione; quarumcunque reru
quaeque adversus te petitio vel adversus te persecu
tu meum habes, tenes, possides, dolove malo fecist
quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecunian
Numerius Nigidius antwortet: dabo. Nun fragte de
quod tibi spopondi, id habesne a me acceptum? un
tete: habeo acceptum. Dieß Formular ist, wie *Vin*
Beweis von dem ängstlichen Fleiße, womit die Römer
Vergl. übrigens Hugo über die Aquilische Stipulation i

§. 997. Vom heutigen Nutzen dieser

Wir haben in Deutschland keine sollenne Formeln,
nen; wir haben auch keine Acceptilation. Alle Arten
können daher mit beliebigen Worten aufgehoben und e

§. 998. Vom pacto remissorio.

Wenn eine Verbindlichkeit ohne Formel erlassen wi
lassung entweder dadurch, daß man einen zuvor geschloss
aufhebt, oder auf andere Weise. Die erste Aufhebung he
die letzte pactum de non petendo, oder pactum remiss
remissorium wirkte in einigen Fällen so viel, daß die V
aufgehoben wurde (*[1]). Gewöhnlich aber hatte es diese
verschaffte nur dem Schuldner, im Fall er belangt wurd
Bey uns in Deutschland fällt dieser Unterschied weg. Jed
befreyet den Schuldner so, daß gar keine Klage mehr g

(1) L. 17. §. 1. D. de pact. Wenn ich nemlich einem D
stahlsklage nicht gegen ihn anzustellen, oder einem, der n
sprach, ihn deswegen nicht zu belangen. Denn die Zwölf
Verträge für gültig (Tab. 2. et 7.); sie waren also pac

§. 999. Vom mutuo dissensu.

Der mutuus dissensus ist ein Vertrag, wodurch f
zuvor geschlossener Bilateralcontract, der noch nicht erfül

§. 1000. In welchem Falle er Statt fi

Der mutuus dissensus supponirt also: 1) einen Bi
noch nicht erfüllt ist. Ist ein Contract von beyden S
entweder ganz oder zum Theil erfüllt, oder wie man e
wenn nicht mehr *res integra* ist: so können zwar die Part

tract schließen, der dem vorigen contrår ist; aber sie können den ersten nicht mehr durch mutuum dissensum aufheben. Wenn ich einem z. E. mein Haus verkauft, auch übergeben habe, und nun mit ihm ausmache, daß er mir das Haus wiedergeben, und den Kaufschilling behalten soll: so ist der erste Kauf nicht durch mutuum dissensum aufgehoben, sondern wir haben einen zwenten Kauf geschlossen (*1). Dieser Satz ist keine Römische Subtilität, wie Wernher (*2) glaubt, sondern gründet sich in der Natur der Sache, und ist practisch. Ich will nur Einen Fall anführen, worin sich sein Nutzen zeigt. An manchen Orten wird von liegenden Gütern, wenn sie verkauft werden, eine gewisse Abgabe entrichtet. Gesetzt, ich kaufe an einem solchen Ort einen Acker; der Kauf aber wird per mutuum dissensum wieder aufgehoben. Jetzt wird die Abgabe nicht entrichtet. Hingegen wenn ich den Acker gekauft und tradirt erhalten habe, und ihn nun gegen Restitution des Kaufschillings zurückgebe; so muß die gesetzliche Abgabe doppelt bezahlt werden; denn es ist ein doppelter Kauf geschlossen worden (*3).

(1) *Vinn.* ad pr. I. de emt. vend. n. 9.

(2) *Wernher* sel. obs. forens. Tom. 1. P. 5. Obs. 133. pag. 1052.

(3) Man s. von dem mutuo dissensu auch Pufendorf Tom. 1. obs. 41. —— In wiefern bey Verabredungen dieser Art die bloße Aufhebung eines *vorigen*, oder die Schließung eines neuen Contracts zu behaupten sey, ergiebt allerdings in vorkommenden Fällen die Natur der Sache schon. Indeß dürfte doch daraus, daß schon von einem Contrahenten etwas geleistet worden, nicht immer gefolgert werden können, daß nur von einem neuen Handel, nicht aber von der Aufhebung des ersten die Rede seyn möge. Z. B. Wenn der Verkäufer die Sache dem Käufer zwar übergeben, aber das Kaufgeld nicht creditirt hat, so läßt sich die Vereinbarung der Parteyen, daß alles wieder rückgängig werden solle, nicht füglich als ein neuer Kauf betrachten, da ja das Eigenthum noch beym ersten Verkäufer geblieben ist. Fragt man aber nach der rechtlichen Wirkung solcher Verabredungen, wodurch die Parteyen von einem geschlossenen Contract wieder abgehen, ohne einen andern zu schließen, so sind unstreitig die Grundsätze des Römischen Rechts nicht durchgängig bey uns anzuwenden. 1) Hat noch kein Theil etwas erfüllt, so wird mutuo dissensu der ganze Handel als nicht geschlossen angesehen. L. 6. §. 2. D. de contrah. E. V. L. 5. §. 1. D. de rescind. Vendit. Dieß gilt natürlich auch bey uns. 2) Wird aber nach abgeschlossenem Contract in seinen Bestimmungen etwas geändert, so hat dieß der Regel nach keine rechtliche Wirkung. L. 7. pr. D. de rescind. vendit. 3) Hat ein Theil bereits etwas zur Erfüllung des Handels geleistet, so giebt die Verabredung, daß alles wieder rückgängig werden soll, jenem Contrahenten kein Klagerecht auf Zurückgabe des Geleisteten. Nur die gegebene arrha, nicht aber der bezahlte Theil des Kaufgeldes kann zurückgefordert werden. L. 1. L. 2. C. Quando lic. ab emt. disced. Wäre die Sache als neuer Contract zu betrachten, so könnte das Klagerecht kein Bedenken haben. Beydes 2. und 3. bezieht sich aber offenbar auf bloß Römische Grundsätze von pactis nudis (§. 747); der mutuus dissensus blieb hier nicht bloß liberatorius, sondern er sollte auch zugleich obligatorius seyn, welches den Regeln der Ver-

träge entgegen ging. In unsern Gerichten ist daher an der vollen Wirksamkeit beyder gedachten Arten der Verträge nicht zu zweifeln (§. cit.). Dieß ist es auch eigentlich, was Wernher l. c. hat sagen wollen; ob er sich gleich nicht bestimmt und vollständig genug ausgedruckt hat. W.

§. 1001. Von der Wiedereinsetzung in vorigen Stand.

Unter den Tilgungsarten der Verbindlichkeit, welche ope exceptionis geschehen, ist die Wiedereinsetzung in vorigen Stand, *restitutio in integrum* eine der wichtigsten. Im allgemeinen Verstand bedeutet dieses Wort eine jede Wiederherstellung des vorigen Standes, die von der Obrigkeit geschieht. Sie ist zweyerley (s. die 65. Tabelle): entweder Restitution der Sache, oder der Person. Zuweilen nemlich muß eine Sache auf Befehl der Obrigkeit wieder in vorigen Stand gesetzt werden. Z. E. wenn Jemand auf einen öffentlichen Platz bauet, wo er zu bauen kein Recht hat (*1). Wird eine Person restituirt, so bekommt sie entweder ihre vorige Rechte, oder ihre Possession wieder. Von der letztern Art ist die restitutio spoliatorum; wenn mich Jemand spoliirt, das heißt, mich meines Besitzes auf unrechtmäßige Art beraubt, und die Obrigkeit mich wieder in den Besitz setzt. Die Restitution der Rechte wird entweder in einer Civil- oder Criminalsache ertheilt. Die letztere geschieht entweder aus Gnade oder aus Gerechtigkeit. Wenn nemlich Jemand eines Verbrechens wegen zur Strafe verurtheilt wird, nach ergangener Sentenz aber seine Unschuld beweist, und daher wieder in den vorigen Stand gesetzt wird: so ist es restitutio ex capite iustitiae. Setzt hingegen der Landesherr einen zu einer Strafe Verurtheilten aus bloßer Gnade wieder in den vorigen Stand, so heißt es restitutio ex capite gratiae (*2).

(1) L. 2. § 43. D. ne quid in loc. publ.

(2) Unter den ältern Schriftstellern von dieser Materie ist der ausführlichste: *Sfortias Oddus* in tract. de restit. in integrum Venet. 1584. Fol und nachher mehrmal aufgelegt; unter den neuern ist *Dompierre* de *Ionquieres* specim. de restit. in int. sive commentarius ad titulos Pandectarum, qui ad illam materiam pertinent VII. priores libri IV. et VItum lib. XXVII. Lugd. Bat. 1767 8. zu bemerken. *Christ. Gottlob Biener* oder vielmehr des Respondenten diss. historia iuris civilis de restit. in int. Lips. 1778. ist der Versuch eines Anfängers.

§. 1002. Von der Restitution aus Civilgesetzen.

Die Restitution in einer Civilsache ist die Wiederaufhebung eines nach dem strengen Recht gültigen, einem aber schädlichen Vorgangs, welche aus einer gerechten Ursache geschieht (*1). Sie gründet sich entweder auf die Gesetze oder auf des Prätors Edict. Die erstere ist entweder im Römischen Recht gegründet, oder im Canonischen.

Was zuerst die Restitution betrifft, die sich in Römischen Gesetzen gründet: so bemerke man, es giebt Fälle, wo die neuern Gesetze selbst ein Geschäft, das nach dem älteren und strengeren Recht gültig ist, aufheben. Dahin gehört a)

die restitutio ex L. 31. D. de iureiur. Wenn der Richter einer litigirenden Parthey den Erfüllungs- oder Reinigungseyd auflegt, und diese ihn abschwört; der Gegentheil aber nachher neue Beweisgründe findet, durch die er sein Recht außer Zweifel setzen kann: so wird er gegen den geleisteten Eyd in integrum restituirt. b) Die Restitution ex L. 33. D. de re iudicata. Eine richterliche Sentenz, die sich auf instrumenta falsa, d. h. auf vorsätzlich verfälschte Beweismittel, auf falsche Urkunden oder Zeugnisse gründet, ist man umzustoßen befugt, wenn man die Falschheit der Beweismittel beweisen kann. Indessen verdient dieß den Namen einer Restitution eigentlich nicht. Denn eine solche Sentenz ist null, sie braucht also nicht rescindirt zu werden, kann nicht rescindirt werden; denn rescindere heißt eigentlich ein gültig gewesenes Geschäft aufheben. c) Die Restitution aus der L. 2. C. de resc. vend. Wer in einem onerosen Contract, z. E. in einem Kauf über die Hälfte lädirt ist, kann den Contract umstoßen lassen. (§. 870. §. 888.) d) Endlich wird auch eine Gemeinde (universitas, respublica), wenn sie bey einem Handel Schaden gelitten hat, in integrum restituirt (*2).

Die Wiederherstellung aus den Canonischen Gesetzen wird der Kirche und allen frommen Stiftungen (piis corporibus), also Spitälern, Waisenhäusern u. dgl. ertheilt (*3).

(1) Viele ältere Juristen, unter den Neuern auch *Glück* in opusc. fasc. 2. p. 302. sqq. behaupten, wenn Jemand bey den Römern die Restitution vermittelst einer Klage gesucht habe, so seyen zwey *iudicia* nöthig gewesen, das *rescindens* und das *rescissorium*. Zuerst habe man den Prätor gebeten, dasjenige aufzuheben, umzustoßen, wodurch man Schaden gelitten habe (iudicium rescindens); alsdann aber habe man die Sache selbst verlangt, welche einem durch die Läsion entzogen gewesen sey (rescissoriam). Allein *Bachov.* in prot. p. 954. sqq *Vinn.* in quaest. select. lib. 1. cap. 10. *Domp. de Ionquieres* l. c. tit. 1. §. 45. *Biener* l. c. p. 11. sqq. und fast alle Neuere, verwerfen diese Meynung ganz oder zum Theil, und ich kann mich auch nicht überzeugen, daß bey allen Restitutionsgesuchen ein solches doppeltes iudicium nöthig gewesen sey.

(2) L. 3. C. de iur. reip. (XI. 29.) L. 4. C. ex quib. caus. maior. (II. 54.). Der Grund ist, weil sich in einer Gemeinde auch Minderjährige befinden, und man diese nicht restituiren kann, ohne die andern Mitglieder an der Restitution Theil nehmen zu lassen. Also auf *collegia*, *corpora*, in welchen sich keine Minderjährige befinden, läßt sich diese Restitution nicht ausdehnen. Eben so wenig kommt sie nach den Römischen Gesetzen dem *Fisco* zu. *Berger* ad *Lauterb.* lit. de iur. fisci. Allein in der deutschen Praxis ist der Satz angenommen: jedes Collegium, das seine Geschäfte durch administratores versehen läßt, wird in integrum restituiret, wenn es durch die Schuld seines Verwalters Schaden leidet. Auch dem Fisco ertheilt der Gerichtsbrauch diese Wohlthat. *Wernher* Tom. 1 3. obs. 74. Part. 7. obs. 87. Tom. 3. Part. 1. obs. 470. *Berger* oec. iur. p. 667.

(3) C. 1. et 2. de restit. in integr. in 6. Clem. un. eodem.

§. 1003. Von der prätorischen Restitution.

Die prätorische Restitution gründet sich entweder auf eine im Edict bestimmte Ursache, oder auf die allgemeine Clausel des Edicts. In dem beständigen Edict nemlich (§. 53.) waren zuerst gewisse Ursachen festgesetzt, um deren willen die Restitution sollte gesucht werden können, alsdann aber schloß sich das Edict mit der Clausel: *item, si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam* (*1). Wenn nun Jemand Restitution aus einer Ursache sucht, die nicht namentlich im Edict steht, so sagt man: er suche sie ex clausula praetoris generali (*2). Beyspiele werden §. 1010. vorkommen. Die im Edict benannten Ursachen sind Furcht und Zwang; Betrug; Minderjährigkeit; *capitis deminutio;* Veräusserung einer Sache in der Absicht dem Andern sein Recht zu erschweren (*alienatio iudicii mutandi causa facta*). Von der Restitution des Zwangs, des Betrugs und der Minderjährigkeit wegen wird in den folgenden §§. gehandelt werden. Die wegen der Capitisdeminution und Veräusserung will ich hier kürzlich erklären.

Wenn Jemand die geringste Capitisdeminution litt, so giengen seine Rechte und obligationes stricti iuris zu Grunde; denn er wurde als ein ganz neuer Mensch betrachtet (*3). Der Prätor ertheilte aber dagegen Restitution, er stellte diese Rechte und Verbindlichkeiten wieder her.

Gesetzt, Jemand veräußert eine Sache, weil er weiß, daß ich ihn deswegen belangen will, und zwar in der Absicht mir zu schaden; mir mein Recht entweder ganz zu vereiteln, oder doch zu erschweren. Hier kann ich Restitution suchen, aber keine eigentlich sogenannte, um die Veräußerung umzustoßen, sondern eine im uneigentlichen Verstande, d. i. ich kann gegen ihn auf das Interesse klagen.

(1) L. 1. 9 in fin. D. ex quib. caus. maior.

(2) Wenigstens dehnt man in der Praxis diese Restitution so weit aus. Ob dieß aber den Gesetzen gemäß sey, ist noch zweifelhaft. Verschiedene Rechtslehrer wollen den angeführten Zusatz des Prätors nur auf Fälle der Abwesenheit beziehen. S. *Domp. de Ionquieres* de rest. in int. cap. 6. §. 873. sqq. *Io. Phil. Frank* diss de rest. in int. ex clausula Praetoris generali, ultra casus absentiae non extendenda Erl. 1785. *Müller* ad *Leyser* obs. 193. *Hofacker* § 855.

(3) *Conradi* parerg. lib 2. num. 2. §. 7. — —. Den eigentlichen Grund führt Paullus L. 3. § 1 D. de cap. min. an. §. 157. Daß aber durch diese Capitis Deminution nur obligationes stricti iuris aufgehört hätten, ist nicht erweislich; *Voet* comm. ad Pand. cit. tit. §. 2. und daß der Prätor auch die Rechte des capite minuti eben so, wie zum Besten seiner Gläubiger, seine Verbindlichkeiten hergestellt habe, ist noch streitig. Glück Pandect. Th. 6. §. 446. Gewiß aber ist es, daß die Sache, da der ganze Grund derselben bey uns wegfällt, keine Anwendung mehr findet. W.

§. 1004. Grundsätze bey der Restitution.

Die Restitution erfordert 1) ein Geschäft, das nach dem strengen Recht

gültig ist. Ist es nach diesem Recht ungültig, so hat man nicht nöthig, Restitution dagegen zu suchen. 2) Wer sie suchen will, muß ohne Schuld lädirt seyn, Schaden gelitten haben. Eine Ausnahme ist bey den Minderjährigen; diese werden auch gegen solche Handlungen restituirt, bey denen sie selbst schuld an ihrem Schaden sind. Er muß ausserdem 3) eine rechtmäßige Ursache anführen können. Daher wird die Einsetzung in vorigen Stand nicht ohne vorgängige Untersuchung ertheilt. 4) Sie muß binnen der gesetzten Zeit gebeten werden. Diese ist nach den neuern Römischen Gesetzen quadriennium continuum; das heißt, eine Zeit von vier Jahren, worin aber alle Tage, sie mögen Gerichtstage seyn oder nicht, gezählt werden (*[1]) (§. 666.). Ausnahmen sind a) bey den Civilrestitutionen, welche im §. 1002. unter a) b) und c) angeführt sind. Nemlich die restitutio ex L. 31. D. de iureiur. L. 33. D. de re iud. und L. 2. C. de rescind. vendit. dauern 30 Jahre (*[2]). b) Bey der Restitution, die um eines Betrugs willen gesucht wird (*[3]). Denn diese kann nur innerhalb zwey fortlaufenden Jahren (intra biennium continuum) gesucht werden. c) Bey der Restitution, die sich auf Zwang und Furcht gründet. Wenn man bey dieser nichts als Ersetzung seines Schadens (simplum) verlangt, so kann man sie binnen 30 Jahren bitten. d) *Wegen* der Capitisdeminution kann innerhalb 30 Jahren Restitution *gesucht* werden (*[4]).

Sobald Jemand Restitution bittet, muß bis zu ausgemachter Sache alles in seinem jetzigen Stand bleiben; wenn er die Restitution erhält, so wird die Sache in den vorigen, das heißt, in den Stand gesetzt, worin sie vor dem schädlichen Handel war. Z.E. wenn ich gegen einen Kauf Restitution bekomme, so gebe ich die gekaufte Sache zurück, und erhalte den Kaufschilling wieder. Der also, welcher die Restitution bekommt, wird ausser Schaden gesetzt: er darf aber auch nichts durch die Restitution gewinnen wollen.

(1) Nach dem alten Römischen Recht, mußte die prätorische Restitution innerhalb eines anni utilis gesucht werden, diejenige ausgenommen, welche der Capitis Deminution wegen ertheilt wurde; denn diese fand innerhalb 30 Jahren Statt. L. 14. §. 1. D. quod met. caus. L. 6. D. de alienat. iudic. mut. caus. L. 2. §. fin. D. cap. deminut. Weil aber die Zählung des anni utilis Schwierigkeiten machte, so setzte Constantin M. in der L. 8. C. de dol. mal. (II. 21.) bey der Restitution des Betrugs wegen, ein biennium continuum an dessen Stelle. Nachher verordnete er in der L. 2. C. Theodos. de in integr. restitut. (ap. *Gothofr*. Tom. 1. p. 163.): daß Minderjährige in Rom binnen 5, in Italien binnen 4, und in den Provinzen binnen 3 Jahren Restitution suchen sollten, und alle diese Zeitfristen sollten tempora continua seyn. Justinian hob in der L. 7. C. de tempor. in integr. restit. (II. 53.) den Unterschied der Oerter auf, und verordnete, daß die Restitution, die der Minderjährigkeit, sodann die, welche der Abwesenheit wegen ertheilt wird, binnen 4 Jahren gebeten werden solle.

solle. — — Richtiger ist es wohl, daß Justinians Verordnung alle Arten der Prätorischen Restitutionen begreift, bey welchen bis auf seine Zeiten der annus utilis noch im Gebrauch war. Denn gerade aus der schwierigen Berechnung dieses Zeitraums ward der Grund der ganzen Verordnung hergenommen. Glück's Pandect. Th. 5. §. 439. W.

(2) Einige z. E. *Cocceii* iur. controv. L. 4. tit. 1. Qu. 1. behaupten zwar, daß auch diesen eine vierjährige Frist vorgeschrieben sey. Allein die gemeine, auch richtigere Meynung ist, daß sie 30 Jahre daure, *Stryk* us. mod. tit. de restit. in int. §. 1.

(3) Bey diesen hatte Constantin schon den annum utilem in ein biennium continuum verwandelt, und Justinian hat dessen Verordnung in seinen Codex aufgenommen, also nicht abgeschafft wissen wollen.

(4) *Woltaer* in observat. ad ius civ. et Brandenb. Fasc. 1. obs. 23. §. 3. und *Glück* diss. de via petendae restit. in int. (Hal. 1776.) halten dafür, daß heutigestages alle Restitutionen binnen 30 Jahren gesucht werden können. Allein ihre Gründe sind nicht überzeugend. S. *Io. Christoph. Koch* de praescript. restitutionis in integrum. (Giessae 1780.) §. 5.

§. 1005. Von der Restitution des erlittenen Zwangs wegen.

Die erste bestimmte Ursache der prätorischen Restitution ist Furcht und Zwang. Furcht heißt die Verabscheuung eines künftigen Uebels, Zwang (nemlich die Gattung, von der hier die Rede ist, *vis compulsiva*) ist eine Handlung, wodurch Jemand mittelst Zufügung oder Androhung eines Uebels bewogen wird, etwas zu thun, was er sonst unterlassen haben würde. Wenn mich nun Jemand durch ungerechten Zwang und Furcht zu einem Handel bewegt, so ist nach dem Naturrecht der ganze Handel ungültig (*1). Aber wie ist es nach den Römischen Gesetzen? Gewiß ist, 1) daß die negotia stricti iuris gültig waren, wenn ich gleich zu deren Eingehung gezwungen worden war. 2) Daß einige ungültig waren, wenn sie erzwungen wurden; nemlich a) die Ehe, b) die Manumission, c) die Einwilligung des Vormundes, und d) das Versprechen eines Brautschatzes. Ob aber 3) alle negotia bonae fidei, wenn sie erzwungen waren, als ungültig angesehen worden sind, ist nicht ausgemacht (*2). Endlich ist 4) gewiß, daß der Prätor das Naturrecht befolgte, und gegen erzwungene Geschäfte, welche nach dem Civilrecht galten, die Wiedereinsetzung in vorigen Stand ertheilte.

(1) Mein Naturrecht §. 78.

(2) *Noodt* tr. de form. emend. dol. mal. cap. ult. *Gundling* tr. de efficientia metus, cap. 3. in exercit. Tom. 2. n. 2. Christ. Breuning Abhandlung vom Unterschied des Römischen und Deutschen Rechts in den Geschäften, so durch unrechtmäßige Furcht veranlaßt worden, in Siebenkees Magazin, 2. B. 156. u. f. S. Glück über Hellfeld §. 300. vergl. Th. 5. §. 444. behaupten die Ungültigkeit, hingegen *Zoes.* ad pand. tit. quod. met. caus. n. 3. sqq. *Cocceii* iur. controv. eod. tit. Quaest 2. *Westenberg* Pand. ibid. §. 14. 15. *Huber* praelect. Pand. IV. 2. 3. die Gültigkeit dieser Geschäfte.

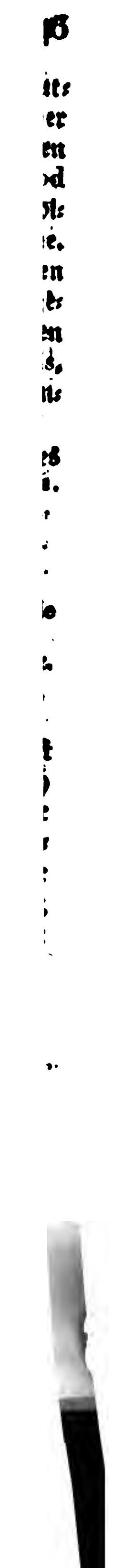
§. 1006. Welche Furcht ist eine gerechte Ursache zur Restitution?

Wenn ich der Furcht wegen Restitution suchen will, so muß sie 1) von Seiten desjenigen, der sie erweckt, eine ungerechte Furcht seyn, das heißt, der, welcher mich in Furcht setzt, muß nicht befugt dazu gewesen seyn. Wenn also der Richter durch Drohung einer Strafe, des Gefängnisses u. s. w. einen Unterthanen nöthigt, seine Schuldigkeit zu thun: so hat keine Restitution Statt (*1). 2) Auf Seiten dessen, welcher in Furcht gesetzt wird, muß sie nicht eitel, nicht grundlos seyn. Die Furcht heißt alsdann eitel (metus vanus), wenn Jemand keinen hinlänglichen Grund dazu hatte; si in constantem virum non cadit, sagen die Römischen Juristen. Um aber zu beurtheilen, ob hinlänglicher Grund vorhanden war, muß man a) die Beschaffenheit dessen, der sich fürchtete, sein Alter, Geschlecht, Gesundheitsumstände u. s. w.; b) die Beschaffenheit dessen, welcher die Furcht erweckte, und c) das angedrohete Uebel, woraus sie entstand, in Betrachtung ziehen. Ist nun eine solche Furcht, die auf der einen Seite ungerecht, auf der andern gegründet ist, vorhanden, und die Ursache eines geschlossenen Geschäftes: so giebt der Prätor restitutionem in integrum und vermöge derselben nicht nur Klagen, sondern auch eine Exception.

Die Klagen sind zweyerley: der Prätor giebt mir a) mein voriges Recht, und die daraus entspringende Klage wieder. Wenn ich aus Furcht ein ius in re aufgegeben, z. E. meine Sache veräussert, eine Erbschaft repudiirt habe, so giebt er mir die Realklage, z. E. Reivindication oder Erbschaftsklage gegen jeden Besitzer (*2). Habe ich aus Zwang meinem Schuldner die Schuld erlassen, so restituirt mir der Prätor meine Personalklage (*3).

Der Prätor ertheilt mir aber auch b) eine neue Klage, die *actionem quod metus* (*4). Diese kann ich nicht allein gegen den anstellen, der mich in Furcht gesetzt hat, sondern auch gegen jeden Besitzer der mir abgezwungenen Sache. Sie gehet dahin, daß mir der Besitzer die Sache herausgeben soll, und zwar, wenn er selbst den Zwang ausgeübt hat, mit allen Nutzungen. Ist die Sache durch einen Zufall zu Grund gegangen, so muß der *malae fidei* Besitzer den Werth ersetzen (*5). Bey den Römern hatte diese Klage auch noch die besondere Eigenschaft, daß, wenn der Beklagte verurtheilt wurde, die Sache herauszugeben, und diese Sentenz nicht gutwillig befolgte, er zum vierfachen Ersatz verurtheilt wurde. Nur mußte, wenn diese *condemnatio in quadruplum* Statt finden sollte, die Klage innerhalb vier Jahren angestellt worden seyn. Ausserdem hatte sie binnen dreyßig Jahren Statt.

Endlich erhalte ich vom Prätor auch *exceptionem quod metus*, wenn ich nemlich aus Zwang etwas versprochen habe, und aus dem Versprechen belangt werde.



dolus ex re. Der dolus ex proposito ist entweder *clandestinus* oder *manifestus*. Wenn ich nemlich dem Andern meine Absicht zu schaden verhehle, so heißt es dolus clandestinus; wenn ich sie nicht verhehle, sondern offenbar zu Werke gehe, dolus manifestus. Z. E. ein Bandit, der einen Menschen unversehens todtschießt, begeht dolum clandestinum; wer einen Andern im Duell ersticht, dolum manifestum.

Wenn der Prätor Restitution des Betrugs wegen verspricht, so versteht er dolum malum ex proposito und clandestinum, eine Verstellung, wodurch ich dem Andern schade (fraus). Dieser aber kommt entweder in einem Contract vor, oder ausser demselben. Ausser einem Contract, z. E. Jemand belügt meinen Oheim, daß ich übel von ihm gesprochen hätte, und bewegt ihn, mich durch ein Testament von seiner Erbschaft auszuschließen; oder Jemand versichert mich betrüglich, daß ein Anderer in guten Vermögensumständen sey, ich lasse mich dadurch bewegen, diesem zu creditiren, und verliere am Ende mein Geld; ich gebe einem vorsetzlich, um ihm zu schaden, einen unklugen Rath (§. 919.). In diesem Fall hat in Ermanglung anderer Klagen, actio doli oder in factum Statt (S. den folgenden §.). Der Beschädigte klagt auf die Ersetzung alles durch den Betrug erlittenen Schadens. Ist hingegen der Betrug in einem Contract begangen worden, so ist er entweder die Bewegursache, welche den Betrogenen verleitet hat zu contrahiren, oder er ist dadurch nur bewogen worden, so zu contrahiren. Er würde contrahirt haben, wenn er auch nicht betrogen worden wäre, nur nicht auf diese Weise. Im ersten Fall heißt der Betrug dolus dans causam contractui, im zweyten incidens. Wenn mir einer ein zwanzigjähriges Pferd mit der Versicherung verkauft, daß es zweyjährig sey, und diese Ueberredung mich allein zum Kauf bestimmt hat, weil ich ein zwanzigjähriges Pferd gar nicht würde gekauft haben: so ist dolus dans causam contractui vorhanden. Gesetzt aber ich kaufe eine Uhr, weil sie sehr richtig geht; der Verkäufer versichert mir dabey fälschlich, sie sey von Gold, und dieß macht, daß ich 20 Thlr. mehr bezahle, als ich sonst würde gethan haben. Jetzt ist der Betrug nur dolus incidens.

(1) L. 1. §. 3. D. de dol. mal.

(2) *Ev. Otto* diss. de dolo bono, in collect. diss. n. 10.

§. 1008. Fortsetzung.

Dieß vorausgesetzt, kann ich die Restitution des Betrugs wegen erklären. Wenn nemlich in einem Contract ein Betrug passirt, so ist der Contract entweder stricti iuris oder bonae fidei. Ist er bonae fidei, so ist entweder der Betrug die Bewegursache zum Contract gewesen, oder nur ein dolus incidens. War er die Bewegursache, so ist der Contract an sich nichtig (*); man hat also nicht nöthig, Restitution dagegen zu suchen, sondern stellt entwe-

her a) die aus dem Contract selbst entstehende Klage auf dessen Zernichtung an; denn die Klagen aus bonae fidei Contracten umfassen alle Verbindlichkeiten, welche in den Rechten aus dem Contract oder bey Gelegenheit desselben unter den Partheyen Statt finden. Z. E. wenn der Käufer durch Betrug zum Kauf verleitet worden ist, so stellt er actionem emti auf die Annullation des Kaufes an; oder b) wenn man aus dem betrüglichen Contract belangt wird, opponirt man exceptionem doli. Ist es hingegen nur dolus incidens, so ist und bleibt der Contract gültig, und der Betrogene kann nur auf die Ersetzung seines Schadens klagen. Z. E. wenn mir einer eine tombakene Uhr für eine goldene verkauft, aber nicht die Materie, sondern das innere Werk mich zum Kauf bewogen hat: so kann ich den Kauf nicht anfechten; sondern ich kann verlangen, daß mir der Verkäufer soviel vom Kaufschilling zurückgebe, als der Goldeswerth beträgt (*2).

Wie steht es aber mit den stricti iuris Contracten? Diese waren gültig, wenn gleich ein Betrug darin vorgegangen war, und zwar mochte er der Beweggrund zu dem Contract, oder nur incident gewesen seyn, wofern nicht ausdrücklich dabey stipulirt worden war: dolum malum abesse et abfuturum esse. Der Prätor aber, welcher dieses unbillig fand, versprach den Betrogenen, sie gegen den Contract in integrum zu restituiren. Er gab ihnen daher exceptionem doli, wenn sie aus dem Contract belangt wurden, und eine Klage gegen den Betrüger, daß er alle durch seinen Betrug erhaltene Vortheile zurückgeben und den Schaden ersetzen solle.

Diese Klage heißt *actio doli* oder *de dolo*, wird aber vom Prätor nur unter mancherley Einschränkungen gestattet. Denn sie hat a) nur Statt, wenn der Schaden, den der Betrogene erlitten hat, beträchtlich (*3); b) der Kläger keine verächtliche Person, auch dem Beklagten keine Achtung schuldig ist (*4); und c) kein anderes Rechtsmittel hat, zu seiner Entschädigung zu gelangen (*5). Die Ursache dieser Einschränkungen liegt darin, weil diese Klage *famosa* ist, d. i. den Beklagten, wofern er condemnirt wird, ehrlos macht. Und eben daher dauert sie auch nur zwey Jahre. Wo man übrigens die actionem doli nicht anstellen kann, da hat doch actio in factum Statt, welche 30 Jahre dauert (*6), jedoch nur auf die dem Kläger zu leistende Entschädigung geht. Also die actio doli ist eine subsidiaria von andern Klagen; da wo keine andere anzustellen möglich ist, kann man sie zu Hülfe nehmen. Und wenn sie nun auch an sich Statt findet, aber der Geringfügigkeit des Gegenstandes, oder der Personen wegen nicht angestellt werden kann, so tritt die actio in factum an ihre Stelle.

Heutigestages haben meines Erachtens diese Distinctionen und Einschränkungen keinen practischen Nutzen. Wir haben keine contractus stricti iuris.

Die actio doli infamiret an sich, nach unsern Grundsätzen, nicht (§.62. Nota 13.). Wir nennen in den Klagschriften den Namen der angestellten Klage nicht. Wenn ich also, in oder außer einem Contract, durch Betrug Schaden gelitten habe, so klage ich auf Ersatz des Schadens, ohne zu sagen, ob ich aus dem Contract, oder actione doli, oder in factum klage. Dieses kann ich innerhalb 30 Jahren thun. Wenn ich auch den Beklagten förmlich und wörtlich eines Betrugs beschuldigte, so würde man doch die Klage nicht nach den Römischen Grundsätzen von der actione doli beurtheilen, und nicht auf den Fall eines beträchtlichen Schadens, auch nicht auf den Zeitraum von zwey Jahren einschränken können. Nur in soweit, glaube ich, ist das Römische Recht zu befolgen, daß der Richter eine Klage zurückgeben müsse, worin der Kläger Personen, denen er Ehrerbietung schuldig ist, Eltern, oder solchen, die an Eltern Statt sind, ausdrücklich eines Betrugs beschuldigte. Nur der Unterschied zwischen dem Betrug, welcher die Ursache des Contracts ist, und zwischen dem incidenten ist auch bey uns noch wichtig. Denn wenn ich einem eine Sache überlasse, und ein Betrug der ersten Art im Contract vorgegangen ist, der Betrüger hierauf die Sache einem Dritten übergiebt: so kann ich sie vindiciren. Denn da der Contract nichtig ist, so ist das Eigenthum nicht übergegangen (*7). Das Gegentheil aber findet Statt, wenn der *dolus nur* incidens war.

(1) Dieß ist wenigstens die richtigere Meynung, wie *Ian. a Costa* ad decretal. p. 250. sqq. *Vinn.* sel. quaest. lib. 1. cap. 12. und *Cocceii* iur. controv. tit. de dol. Qu. 2. zeigen, wiewohl viele Juristen, besonders die Italienischen (ultramontani) vor Zeiten das Gegentheil behauptet haben. Man s. auch Glück über Hellfeld §. 296.

(2) Anderer Meynung sind *Noodt* in tract. de forma emendandi doli mali, cap. 7. sqq. *Boehmer* introd. in ius dig. tit. de dolo malo, §. 5. und Andere. Allein die Gesetze, besonders L. 7. pr. D. de dol. sind zu deutlich. S. *Bachov* ad *Treutler* P. 1. disp. 28. th. 2. et *Eiusd.* tract. de act. disp. 6. th. 17. sqq. *Cocceii* iur. controv. tit. de dol. mal. qu. 2. *Finestres* ad *Hermogenian.* p. 474. Glück über Hellfeld §. 293-295. Ein merkwürdiges Exempel eines doli incidentis bey dem Kauf giebt Hermogenian in der L. 49. D. de act. emt. et vend. Qui per collusionem imaginarium colonum, circumveniendi emtoris causa, supposuit, ex emto tenetur, nec defenditur, si quo facilius excogitata fraus occultetur, colonum et quinquennii pensiones in fidem suam recepit. Ich wollte ein Gut verkaufen. Um es über den wahren Werth anzubringen, verpachtete ich es um ein sehr hohes Pachtgeld, machte aber mit dem Pachter einen geheimen Nebenvertrag, daß er mir weniger geben sollte, als im Pachtbrief stand. Als mir der Käufer des Guts den Einwurf machte, der Pachter werde das versprochene, allzuhohe Pachtgeld nicht entrichten können, so übernahm ich die Bürgschaft für diesen; und nun ließ sich der Käufer bewegen, den verlangten Preiß zu bezahlen. Finestres am a. O. hat die Stelle gut erläutert. *Reuter* diss. de doli incidentis et causam dantis in contractibus

Mertu, Mat. sub praesid. *Nettelbladt* 1744. — Man s. auch überhaupt Gmelin von den Folgen des Betrugs bey Verträgen in Dessen und Elsässers gem. jur. Beob. u. Rechtsfällen 2. Bande. Der dolus incidens giebt dem Beschädigten nur ein Recht, auf Entschädigung zu dringen. Diese kann der Gegner dadurch leisten, daß er entweder die Abänderung dessen, was durch den dolus veranlaßt worden ist, z. B. den zu hohen Preis der Sachen zum Besten des verletzten Theils abändert, oder dadurch, daß mittelst Aufhebung des Vertrags, wenn es die Umstände noch zulassen, ein jeder das bereits Erhaltene dem Andern wieder zurückliefert. Hellfeld iurisprud. for. §. 296. gesteht in diesem Betrachte dem, der ex dolo incidente in Anspruch genommen wird, die Wahl zu, welche Art der Entschädigung er leisten wolle. Hingegen Glück Erläut. der Pand. Th. 4. §. 296. und *Wehrn* doctrina damni cap. 2. §. 5. Note 42. vertheidigen das Gegentheil. Jene Meynung hat aber Folgendes für sich: 1) der beschädigte Theil hat doch in den Vertrag an sich gewilligt; er muß also zufrieden seyn, wenn die besondere ihm nachtheilige Bestimmung, welche durch den dolus des Andern veranlaßt worden ist, wieder abgeändert wird. 2) Kein Contrahent ist aber zu Dingen verpflichtet, die über seine Einwilligung hinausgehen; folglich kann auch der Gegner, ob er sich gleich doli schuldig gemacht hat, wider seinen Willen nicht genöthigt werden, den Handel nun unter ganz andern Bedingungen gelten zu lassen, da er in diese nicht consentirt hat. Wer dolo incidente seinen Käufer veranlaßt, daß dieser 100 Thaler mehr für die Sache bewilligt, als er sonst gegeben haben würde, kann darum doch nicht gezwungen werden, die Sache dem Andern nun um 100 Thaler wohlfeiler zu überlassen, sondern dieser muß zufrieden seyn, wenn er sein Gegebenes zurück erhält, und also der ihm nachtheilige Handel ganz aufgehoben wird. Das Gegentheil würde eine Strafe seyn, die aber kein Gesetz geordnet hat. W.

(3) L. 9. §. 5. L. 10. pr. D. de dol. mal. Merito *causae cognitionem* praeter inseruit; neque enim passim haec actio indulgenda est. Nam ecce inprimis, si modica summa sit, id est *usque ad duos aureos*.

(4) L. 10. §. 1. D. eod. Quibusdam personis non dabitur, utpote liberis vel libertis adversus parentes patronosve; quum sit famosa. Sed nec humili adversus illum, qui dignitate excellit, debet dari; puta plebeio adversus consularem, vel luxurioso atque prodigo, aut alias vili adversus hominem vitae emendatioris.

(5) L. 1. §. 4. 5. 6. D. eod. Ait Praetor, *si de his rebus alia actio non erit.* Merito Praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit; quoniam famosa actio non temere debuit a Praetore decerni, si sit civilis, vel honoraria, qua possit experiri. Usque adeo, ut et Paedius libr. 8. scribat, etiam si interdictum sit, quo quis experiri, vel exceptio, qua se tueri possit, cessare hoc edictum. — Idem Pomponius refert, Labeonem existimare, etiam si quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere. Die Einschränkungen dieser Regel zeigt *Petr. van Bleiswyk* diss. de act. doli non concedenda, si alia actio detur (Lugd. Bat. 1746.) cap. 2. welcher auch die Einwürfe dagegen, cap. 3. aus dem Wege räumt.

(6) L. 11. in fin. L. 28 eod. Quid ergo in horum persona dicendum est; *in factum* verbis temperandam *actionem* dandam, ut bonae fidei mentio fiat.

Aus dieser Stelle ist die ganz unschickliche, indessen gemeine Redensart entstanden: *verba in factum temperare*, d. i. sich gemäßigter Ausdrücke bedienen. Allein Ulpian sagt, man müsse *actionem in factum* anstellen, und bey dieser müsse die Formel so gemäßigt werden, daß man nichts von dolus sage. *Io. Guil. Hoffmann* meletem. ad Pand. diss. 5. §. 4.

(7) Dieß wird zwar von vielen Juristen geläugnet. Allein *Ludovici* in diss. de dominio ex contractu doloso non translato, Hal. 1720. *Siegel* diss. de dolo translationem dominii impediente, Lips. 1748. Weber in s. Beyträgen zu der Lehre von Klagen und Einreden 1. Stück, Num. 8. und Glück am a. O. §. 296. haben es hinlänglich erwiesen.

§. 1009. Von der Minderjährigkeit.

Die dritte Ursache der Restitution ist die Minderjährigkeit. Wenn ein Minderjähriger, er sey nun mündig oder unmündig (§. 62.); er sey pater familias, oder filius familias; in irgend einem Geschäft Schaden leidet: so wird er dagegen in integrum restituirt, wenn gleich der tutor oder curator eingewilligt, oder den Handel allein, ohne den Minderjährigen geschlossen hat, oder auch der Handel gerichtlich bestätigt worden ist; und zwar gegen den, der ihm den Schaden zugefügt hat (laedentem) und dessen Erben. Die Wirkung ist, daß der Minderjährige alles ersetzt bekommt, was ihm durch die Läsion entgangen ist; dagegen auch das, was er vom Gegentheil in Händen hat, herausgeben muß. Z. E. wenn er in einem Hauskauf lädirt *worden ist*, so bekommt er den Kaufschilling wieder, muß aber auch das Haus zurückgeben.

Ich merke hierbey noch an: 1) der Minderjährige, welcher die Wiederherstellung sucht, muß a) seine Minderjährigkeit, und b) die Verletzung beweisen (*1). 2) Gegen vorsetzliche Verbrechen wird der Minderjährige nicht restituirt, d. i. seine Minderjährigkeit befreyet ihn nicht von der Strafe (*2), doch kann sie, nach Beschaffenheit der Umstände, eine Milderung wirken. 3) Gegen eine letzte Willenserklärung des Minderjährigen ist keine Wiederherstellung nöthig, denn er kann sie, so wie jeder Andere, wiederrufen, sobald er will. 4) Wenn die Verletzung erst nach geschlossenem Handel durch einen Zufall eintritt, z. E. der Minderjährige kauft ein Haus um billigen Preis, und verliert es nachher durch Feuersbrunst: so bekommt er keine Restitution. Auch wird sie ihm 5) nicht ertheilt, wenn er sich betrüglich für einen Großjährigen ausgegeben (*3), oder 6) wenn er sich vom Landesherrn für majorenn hat erklären lassen, *veniam aetatis*, wie es heißt, erhalten hat (*4). Von dem Tage an, da er diese erhält, kann er alles ohne Curator thun, was er zuvor nicht anders, als mit dessen Einwilligung thun konnte, und er wird gegen Handlungen, die er seitdem unternommen hat, nicht restituiret. Will er etwas von seinem unbeweglichen Vermögen veräußern, so muß er ein obrigkeitliches Dekret auswirken (§. 421.). In Rücksicht dieses Umstandes wirkt die venia aetatis nichts (*5). 7) Gegen seine Eltern kann sich ein Minderjähriger nicht

resti-

restituiren lassen (*6), auch 8) nicht gegen eine geschlossene Ehe (*7); wohl aber 9) gegen ein Eheverlöbniß (*8). 10) Ferner nicht gegen eine unter gerichtlichem Ansehen ihm geschehene Zahlung (*9). Endlich hat auch 11) die Restitution nicht Statt, wenn der Minderjährige den Handel mit einem Eyd bekräftiget (*10), oder 12) denselben, nachdem er großjährig geworden ist, ausdrücklich oder stillschweigend genehmiget hat (*11).

(1) L. 9. §. 4. D. de iureiur. L. 9. C. de probat. (IV. 19.) L. 4. 5. C. de in int. restit. min. (II. 22.)

(2) L. 37. pr. D. de minor. L. 1. C. si advers. delict. (II. 35.).

(3) Tit. C. si minor. se maior. dix. (II. 43.)

(4) L. 1. et 2. C. de his, qui ven. aetat. impetrav. (II. 45).

(5) L. 3. C. d. t. *Beyer* themat. ex var. iure ex 10. th. 4. opusc. part. 2. p. 74.

(6) L. 2. C. qui et advers. quos. (II. 42.).

(7) *Boehmer* I. E. P. lib. 4. tit. 1. §. 79.

(8) Allein die Verletzung muß auch hier, so wie bey andern Geschäften dargethan werden, d. i. der Verlobte, welcher gegen die Sponsalien Restitution sucht, muß zeigen, daß sie ihm schädlich sind. *Leyser* sp. 295. med. 8. Ich bemerke hiebey noch, daß wenn Leyser dem Canzler Böhmer schuld giebt, er behaupte das Gegentheil (I. E. P. Lib. 4. Tit. 1. §. 73. sqq.), diese Beschuldigung offenbar ungegründet ist, wie ein jeder finden wird, der die angeführte Stelle, besonders §. 98. nachließt.

(9) *Voet.* tit. de minor. n. 22. *Huber* eod. tit. n. 9.

(10) *Auth.* sacram. pub. C. si advers. vendit. (II. 28.) Ueber diese Authentike ist ungeheuer viel geschrieben worden. Man s. vorzüglich *Calderas* de error. pragmat. lib. 2. cap. 2 3. in *Meermann.* thesaur. tom. 3. pag. 566. sqq. *Stryk* us. mod. tit. de minor. §. 15. sqq. Quistorp Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien, 2. Stück, 124. S. — *Voet.* l. c. §. 46. *Malblanc* de iureiurando. §. 118. Glück's Pandecten Th. 5. §. 458.

(11) L. 3. §. 1. et 2. D. de min. L. 1. et 2. C. si maior. fact. (II. 46.).

§. 1010. a) Von der Restitution aus der allgemeinen Clausel. b) Von der Veränderung der Umstände. c) Von der Treulosigkeit.

Vermöge der allgemeinen Clausel werden alle die restituirt, welche ohne ihre Schuld lädirt worden sind (*1). Dahin gehören 1) die, welche durch ihre oder ihres Gegners Abwesenheit Schaden gelitten haben. Wir haben oben §. 407. ein Exempel gehabt. Wenn während meiner Abwesenheit Jemand von meinen Sachen usucapirt, so restituirt mich der Prätor gegen diese Usucapion, und giebt mir zu dem Ende die actionem rescissoriam. 2) Wenn ich durch die Schuld meines Bevollmächtigten oder Advocaten Schaden leide, z. E. wenn er den Beweistermin verstreichen läßt, und ich darüber den Proceß verliere. 3) Wenn Jemand aus Irrthum oder Unwissenheit eines *facti* oder Gesetzes in Schaden kommt, und der Irrthum Entschuldigung verdient. Z. E. wenn ein Bauer aus Unwissenheit eines Römischen Gesetzes Schaden leidet; wenn ein Gläubiger von der Edictalcitation nichts erfahren,

und sich daher im Concurs nicht gemeldet hat. Dieß wird im Titel der Pandecten de iuris et facti ignorantia weiter ausgeführt. 4) Wenn man durch einen unvermutheten Zufall oder Krankheit verhindert worden ist, etwas zu thun, und dadurch Schaden leidet; z. E. wenn ein unvermutheter Todesfall in meiner Familie, oder eine Krankheit mich abhält, in einem Gerichtstermin zu erscheinen, und der Richter mich deswegen präcludirt. Nur muß die Krankheit, wegen der man Restitution suchen will, *morbus sonticus*, das heißt, so beschaffen seyn, daß sie einen in seinen Geschäften hindert (*2).

Billig muß ich noch etwas von einer Tilgungsart der Verbindlichkeiten sagen, die wichtig ist, und doch gewöhnlich in den Compendien und Systemen des Privatrechtes übergangen wird. Dieß ist die **Veränderung der Umstände.** Wenn neinlich ein Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend auf die damals obwaltenden Umstände eingeschränkt war, d. i. Paciscenten explicite oder implicite erklärt haben, daß sie um dieser Umstände willen paciscirten, und ausserdem gar nicht, oder nicht so den Vertrag geschlossen haben würden, nun aber die Umstände sich ändern, so verliert der Vertrag seine Gültigkeit. Darum allein, daß einer oder der andere nicht würde paciscirt haben, wenn er die nach dem Vertrag geschehene Veränderung der Umstände vorausgesehen hätte, läßt sich nicht behaupten, daß der Vertrag ungültig werde, wo nicht *die Gesetze* dieß in einem gewissen Fall ausdrücklich verordnen (*3).

Ist aber nicht auch die **Treulosigkeit eines Paciscenten** eine Tilgungsart der Verbindlichkeit, d. i. bin ich aus dem Grund, daß der Andere seinen mit mir geschlossenen Vertrag nicht gehalten hat, befugt, auch meiner Seits davon abzugehen? Der Regel nach bin ich dazu nicht berechtigt; sondern ich muß klagen, daß der Andere den Vertrag erfülle, und allenfalls auch das Interesse leiste (*4). S. oben §. 801. und §. 957. wo auch die Ausnahmen dieser Regel vorgetragen sind.

(1) Der Prätor schränkt in seinem Edict (L. 1. §. in fin. ex quib. caus. maior) die Restitution der allgemeinen Clausel dahin ein: restituam, quod eius per leges, plebiscita, senatus consulta, edicta, decreta principum licebit. Es ist aber schwer zu sagen, auf welche Fälle er mit diesen Worten hindeuten will. *A. Faber* rational. ad L. cit. Insgemein führt man als ein Beyspiel an, der Prätor ertheile keine Restitution gegen die dreyßig- und vierzigjährige Präscription, weil dieses in der L. 4. C. de praescript. XXX. vel XL. annor. verboten sey. Wie kann aber in dem beständigen Edict und schon vorher von den Prätoren auf ein Gesetz von Honorius und Theodosius gezielt worden seyn?

(2) Bey dieser Restitution aus der allgemeinen Clausel des Edicts wird ohne Zweifel vorausgesetzt, daß der, so sie sucht, nicht blos einen Vortheil erwerben (non de lucro captando certat), sondern eine Verminderung seines Vermögens abwenden will (certat de damno vitando). Wenn z. B. ein Buchhänd-

ler ein Buch bis zu einem gewissen Termine um ein
anbietet, und ich durch Krankheit, Krieg ꝛc. gehinde
Ablauf des Termins das Buch zu bestellen: so würl
dem Ende suchen können, um den Buchhändler zu n
dem geringeren Preise zu lassen.

(3) Diese Sätze hatte ich seit langer Zeit in meinen V
in einem bey dem hiesigen Oberappellationsgericht v
vertheidigt, als ich zu meiner Freude fand, daß auc
lichen Verbindlichkeit, §. 90. mit mir gleicher Mey
Worte als die beste Erläuterung des Gesagten hiehe
die Regel: alle Verträge enthalten stillschweigend die
bus. Diese Regel ist aber, so wie die meisten Spri
gemißdeutet und sehr übel angewendet worden. So
stände zutragen, die einen Contrahenten, wenn er
hätte wissen können, von Schließung des Vertrags
halten haben: so oft ist er nach gedachter Regel bere
getroffenen Contract wieder abzugehen. Wenn dem w
dadurch Gelegenheit gegeben werden, alle Verträge a
mand weiter auf ein Versprechen verlassen können;
seyn, ein heute gekauftes Buch morgen zurück zu geb
der zu fordern, wenn mir ein Freund immittelst ein
hätte; denn hätte ich dies voraus gewußt, so würde
haben. Die bürgerlichen Gesetze haben freylich derglei
Fällen verordnet; aber es ist eine Unart der Ausleg
was solchen einzelnen Vorschriften zum Grunde dient
Regeln umschaffen, und diese als Folgerungen aus de
gängig anwenden. Eigentlich wird dazu, um von de
tibus, als einer allgemeinen Regel Gebrauch zu mach
entstandene Veränderung einen Umstand betreffe, wel
des Vertrags, oder ausdrückliche Verabredung der
sentlich erfordert, daß ohne ihn der Vertrag wegfällt.
Verhältnisse eines oder des andern Contrahenten ko
Betrachtung; z. B. wenn das Mädchen, mit dem
wegen, jedoch ohne dies zur Bedingung zu machen, v
arm wird, so berechtigt ihn dieses nicht, von der Ve
Wir wollen es ihm ohne Betheurung gerne glauben,
dieser Veränderung gar nicht würde contrahirt haben
tension, sich vorzüglich mit dem Vermögen der Bra
ausdrücklich erklären sollen. Von selbst versteht sich
ist es nun freylich, wenn die bürgerlichen Gesetze in ge
cher Veränderungen nach einseitigen Verhältnissen, di
zur Aufhebung eines Contractes nicht als hinreichen
Theil auch wider Willen des Andern die Zurücktretung
man diese Fälle aber auch blos als besondere Anord
und eigentlich als Ausnahmen von der Regel, nicht a
allgemeinen Grundsatzes, oder der sogenannten Cla
bus, behandeln. So z. B. darf 1) eine Schenkung

werden, *wenn* der Schenker nach derselben allererst eheliche Kinder bekommen; *ingleichem* 2) wenn der Beschenkte sich einer groben Undankbarkeit schuldig gemacht hat. 3) Der Miethsmann ist schuldig, das gemiethete Haus zu räumen, wenn der Vermiether entweder wegen unvorhergesehener Fälle selbst des Hauses benöthiget wird, oder eine Reparatur darin unternehmen muß, wobey jener nicht füglich in der gemietheten Sache verbleiben kann. Nach dem Naturrecht dürfte in diesen Verhältnissen noch nicht sofort eine völlige Aufhebung des Contracts von Seiten des Vermiethers verlangt werden können." Man s. auch *Müller* ad *Leyser* obs. 861.

(4) L. 17. C. de transact. (II. 6.). *Mev.* p. 5. *Leyser* Sp. 47. med. 5. Strube rechtl. Bed. 4. Band. 71. Seite. *Wernher* Tom. 1. part. 3. obs. 173.

LIB. IV. TIT. I.

DE OBLIGATIONIBUS QUAE EX DELICTO NASCUNTUR.

§. 1011. Uebergang zu dieser Lehre.

Alle Verbindlichkeiten entstehen entweder unmittelbar aus dem Gesetz, oder aus einem obligatorischen Factum. Das Factum ist entweder erlaubt, oder unerlaubt. Nun haben wir bisher die Verbindlichkeiten kennen gelernt, die aus erlaubten Handlungen entstehen. In diesem und den folgenden *Titeln*, Tit. 1. 2. 3. 4. 5. kommen die Obligationen vor, die aus Verbrechen *entspringen*.

§. 1012. Was ist ein Verbrechen, und welches sind seine Folgen?

Die erste Frage ist: was ist ein Verbrechen? Ein *delictum*, Vergehen, Verbrechen, Exceß ist die freye Uebertretung eines Pönalgesetzes. Also 1) die Uebertretung eines Gesetzes; 2) die freye Uebertretung. Wenn Jemand in einem Fieberdelirium einen Menschen todtschlägt: so begeht er kein Verbrechen, weil seine Handlung nicht frey ist. Auch kleine Kinder und Blödsinnige können aus diesem Grund kein Verbrechen begehen. 3) Eines Pönalgesetzes, das heißt, eines solchen, auf dessen Uebertretung eine Strafe gesetzt ist. Wer z. E. ein Testament ohne die erforderliche Feyerlichkeit macht, begeht kein Verbrechen. Denn die Gesetze haben keine Strafe darauf gesetzt.

Zweyte Frage: was sind im Staate die Folgen eines Verbrechens. Zur Beantwortung dieser Frage bemerke man: 1) Die Verbrechen sind in Ansehung ihres Gegenstandes dreyerley: sie werden vom Delinquenten entweder gegen Gott, oder gegen sich selbst, oder gegen andere Menschen begangen(*). 2) In jedem Verbrechen liegt etwas unerlaubtes, gesetzwidriges, und diese Gesetzwidrigkeit der Handlung heißt *reatus*. Wenn aber ein Verbrechen gegen andere Menschen begangen wird, so kommt auch noch dessen Schädlichkeit für diese andere Menschen in Betrachtung. Wegen des reatus wird das Verbrechen mit einer Strafe belegt; weil es Andern schädlich ist, muß der Delinquent den Schaden ersetzen. 3) Diese zwey Dinge, Schadenersatz und Strafe sind

sehr verschieden. Zur Strafe kann Niemand als der Delinquent selbst, nicht sein Erbe verurtheilt werden. Denn Strafen dienen dazu, einen für die Zukunft vom Verbrechen abzuhalten, oder ihm die Begehung desselben unmöglich zu machen. Folglich wäre es ganz unvernünftig und zwecklos, wenn man den Erben strafen wollte. Hingegen die Schadensersetzung wird aus dem Vermögen des Delinquenten genommen; daher kann sie auch vom Erben gefordert werden, welcher das Vermögen erhalten hat (* 1).

(*) Richtiger unterscheidet man in diesem Betrachte die Verbrechen, welche den Staat unmittelbar, und diejenigen, welche ihn nur mittelbar beleidigen. W.

(1) Wenn indessen der Erblasser schon aus einem Privatdelict belangt, und lis contestirt worden ist: so muß der Erbe für die Geldstrafe haften (§. 987.). Ist aber die Rede von einem öffentlichen Verbrechen: so ist der Erbe nur alsdann schuldig, die Geldstrafe zu bezahlen, wenn der Erblasser bey seinen Lebzeiten dazu condemnirt worden ist. L. 20. D. de accusat. *Kosh* instit. iur. crim. §. 80.

§. 1013. Die Verbrechen sind entweder vera oder quasidelicta.

Die neuern Juristen theilen die Delicte in vera und quasi delicta ein. Verum delictum sagen sie, ist, welches aus Vorsatz; quasi delictum, das aus Nachläßigkeit, Versehen, Uebereilung begangen wird. Ich werde aber unten (§. 1076.) bemerken, daß die Römischen Rechtsgelehrten 1) das Wort quasi delictum nicht kennen, und 2) mit den Ausdrücken obligatio ex delicto und quasi ex delicto ganz andere Begriffe verbinden, als die eben angeführten sind.

§. 1014. Entweder öffentliche oder Privatverbrechen.

Ein öffentliches Verbrechen heißt, wobey die Gesetze hauptsächlich auf die dem Staate zugefügte Beleidigung Rücksicht nehmen, und das sie deswegen mit einer öffentlichen Strafe belegen; Privatverbrechen hingegen ist das, bey dem der Gesetzgeber sein Augenmerk hauptsächlich auf die Beleidigung richtet, welche einem andern Bürger zugefügt wird, und wo sie diesem das Recht geben, auf eine Privatstrafe, das heißt, auf eine ihm, dem Kläger zu erlegende Geldstrafe zu klagen. Durch jedes Verbrechen wird der Staat beleidigt; und so oft ich ein Verbrechen gegen andere Menschen begehe, werden auch diese beleidigt. Allein in einigen Verbrechen sehen die Römischen Gesetzgeber die einer Privatperson zugefügte Beleidigung als die Hauptsache an; z. E. bey dem Diebstahl, dem Raub, dem damno iniuria dato, den Injurien. Daher werden diese Verbrechen unter die privata gerechnet, und der Beleidigte hat das Recht auf eine Privatstrafe zu klagen; z. E. der Bestohlne kann vom Diebe nicht nur die gestohlne Sache, sondern auch noch den doppelten, zuweilen den vierfachen Werth verlangen. Hingegen bey denen im 18. Titel dieses Buchs angeführten Verbrechen, Mord, Ehebruch u. s. w. wird die Beleidigung der Republik als die Hauptsache angesehen, und deswegen heißen diese Verbrechen

delicta publica. In Deutschland sind alle Verbrechen öffentliche (*1), denn sie werden alle mit einer öffentlichen Strafe belegt, und von Privatstrafen wissen wir nichts.

(1) Nur die Injurien sind von dieser Regel ausgenommen. Weber über Injurien und Schmähschriften, 2. Abth. 85. S. doch mit Einschränkung. Eben derselbe S. 90. ꝛc.

§. 1015. Entweder ordentliche oder ausserordentliche.

Die delicta publica sind entweder stricte publica s. ordinaria oder extraordinaria. Wenn nemlich auf ein delictum publicum durch ein Comitialgesetz (lege publica) die Strafe bestimmt ist, so heißt es publicum stricte, oder ordinarium (*1). Wenn hingegen das Verbrechen, weil es das Wohl des Staats erfordert, mit einer poena publica belegt wird, obgleich kein Comitialgesetz darüber vorhanden ist, so heißt es *publicum extraordinarium.* Auch die delicta privata können extraordinaria werden, wenn sie nemlich des Staats Besten wegen außer der poena privata auch mit einer publica belegt werden (*2).

(1) Daher sagt Macer L. 3. §. 2. D. de praevaricat. die Prävarication sey kein delictum publicum, nemlich stricte dictum, obgleich unter Nero durch das Sc. Turpillianum eine Strafe darauf gesetzt war; und Ulpian L. 3. D. de extraord. crim. behauptet, daß der stellionatus und das crimen expilatae hereditatis keine delicta publica seyen.

(2) Ja ein delictum publicum stricte dictum kann auch zuweilen extraordinarium werden, wenn es mit einer härtern Strafe belegt wird, als der in dem Comitialgesetz bestimmten. *Boehmer* diss. de abig. et furto equorum cap. 1. §. 2. sqq. Elect. Vol. 3. p. 342. sqq. hat dieses alles sehr schön ausgeführt.

§. 1016. Klagen aus dem Verbrechen.

Ein Delinquent ist a) schuldig Strafe zu leiden, b) den Schaden zu ersetzen, den er einem andern Menschen zugefügt hat (*). Daher entstehen zweyerley Klagen aus den Verbrechen. Wenn man auf Ersetzung des Schadens klagt: so heißt es *actio rei persecutoria.* Dahin gehört condictio furtiva, wenn der Bestohlne auf die Wiedererstattung der Sache klagt; actio rerum amotarum, wenn ein Ehegatte die ihm vom andern Ehegatten entwendete Sache fordert. Klagt man auf eine öffentliche Strafe, so ist es actio *criminalis* s. accusatio; wird hingegen auf eine Privatstrafe angetragen, so heißt die Klage *actio poenalis.* Dergleichen ist actio furti, durch welche der Bestohlne den doppelten oder vierfachen Werth einklagt. Endlich wenn man eine Summe Geld verlangt, die zugleich Ersatz für den erlittenen Schaden, und zugleich eine Strafe ist: so heißt es *actio rei et poenae persecutoria* s. mixta. Exempel davon sind a) actio vi bonorum raptorum. Wenn ich den Räuber auf den vierfachen Werth der geraubten Sache belange, und diesen erhalte, so kann ich nicht noch außerdem die Sache selbst wieder fordern. b) Actio ex L. Aquilia.

Nemlich wenn ich einen aus diesem Gesetz belange, er
und ich ihn überweise, so muß er nach Römischem Recht
In diesem doppelten Werth steckt die Entschädigung, u

Noch eine besondere Art von Klagen ist zu bemerk
auf eine Rache zielen, *actiones quae vindictam spi*
vindictam tendunt. Man versteht darunter Klagen,
Schimpfung, auf eine solche Beleidigung gründen, wol
von seinem Vermögen unrechtmäßig entzogen worden
angestellt werden, um Genugthuung zu erhalten, den
wenden. Dahin gehören a) die Injurienklagen; b)
gegen den undankbaren Donatarius (§. 415.); c) d
Denn die Enterbung ist eine Beschimpfung, und die
nicht zum Vermögen des Enterbten, ja er hatte nach de
setzen gar kein Recht darauf. d) Die actio in factum
venia in ius vocavit. Nemlich in den alten Zeiten Rc
nicht durch Gerichtsdiener vorgeladen, sondern der K
Wollte man aber eine Person vorfordern, der man Ehr
seine Eltern, oder seine Patronen: so mußte man dazu
Erlaubniß bitten. Wer das nicht that, konnte auf eine
belangt werden (§. 535.). e) Actio de calumniatorib
ich selbst nichts weggegeben habe (§. 116. Num. 6. b. 1
sind also zum Theil Pönalklagen, zum Theil rei perse

(*) Die neueste und beste Schrift über die Lehre vom K
brechen aller Art, ist *G. A. Kleinschrod* doctr. de rep
dati ex natura rei iureque positivo deducta, et ad c
adplicata. Wirceb. 1798. etc. W.

§ 1017. Natur der Klagen aus Verbr

Von den Klagen aus einem Verbrechen ist zu bem
persecutoria und poenalis einander nicht aufheben; den
Endzwecke. Das heißt, ich kann actionem rei perse
auch poenalem anstellen (*). 2) Mehrere Delinquente
in solidum, haften; jeder muß den zugefügten Schader
wenn drey Diebe zusammen in meinen Garten kommen
ich aber nur einen davon erkannt habe: so muß mir dies
allein ersetzen. Hat er dieß gethan, so sind die ander

(*) Auch die Criminal- und Civilklage auf Schadensersc
auf L. un. C. quando civ. act. crimin. praeiud. (IX. 3
die Rechtsgelehrten verschiedener Meynung, ob nebe
auch auf öffentliche Bestrafung angetragen werden kön
im Criminalrechte 13. und 22ste Anmerk., welcher die

mit Ausnahme der auf Rache abzielenden Klagen, bejaht. Richtiger ist indeß doch wohl das Gegentheil, nicht allein nach allgemeinen Rechtsgründen, sondern die Gesetze selbst geben es auch nicht undeutlich zu erkennen. L. 56. §. 1. D. de furtis. *Pothier* Pand. Instin. Tit. de obligat. et act. sect. 3. art. 2. n. 70. *Matthaeus* de criminib. tit. de furt. cap. 4. n. 3. *Bynkershoek* observat. iur. Rom. lib. 2. cap. 8., welcher besonders über die angef. L. 56. §. 1. zu vergl. ist. W.

(**) Nur vom Schadensersatz gilt diese Befreyung der Uebrigen, nicht von der Privatstrafe, die ein jeder büßen muß. L. 1. C. de condict. furt. (IV. 8.) L. 11. §. 2. D. ad leg. Aquil.

§. 1018. Vom ersten Privatverbrechen, dem Diebstahl.

Wir wollen die Privatverbrechen der Reihe nach durchgehen, und zuerst den Diebstahl betrachten. Ich werde aber diese Materien nur kurz vortragen, weil die weitere Ausführung in einer eigenen Wissenschaft, dem peinlichen Rechte, vorkommt.

§. 1019. Was ist der Diebstahl?

Der Diebstahl ist das Verbrechen, wenn eine fremde Sache in der Absicht, etwas zu gewinnen, gegen den Willen des Eigenthümers, heimlich entwendet wird. Also der Diebstahl setzt a) eine fremde Sache voraus, b) daß ich diese Sache entwende. Wenn ich die Sache nicht im Besitz habe, und sie dem Andern nehme, so begehe ich ohne Zweifel einen Diebstahl. Wie aber, wenn ich die Sache in rechtmäßigem Besitz, z. E. in deposito habe, und unterschlage? Auch dieß ist nach Römischem Recht ein Diebstahl (*1). Allein in Deutschland wird es nicht als ein solcher angesehen, noch so bestraft (*2). Man ahndet dergleichen Untreue nach Beschaffenheit der Umstände mit Landesverweisung, Gefängniß, Geldbuße und dergl. c) Daß ich die Absicht habe, etwas zu profitiren. Wer in einem fremden Garten, ohne Erlaubniß des Eigenthümers, Obst abbricht, nicht um etwas zu gewinnen, sondern weil er Hunger hat, und Niemand zugegen war, von dem er dergleichen kaufen konnte, begeht keinen Diebstahl. d) Daß der Eigenthümer nicht einwilligt, und e) die Entwendung heimlich geschieht, das heißt so, daß der Eigenthümer nichts davon weiß, oder der Dieb wenigstens glaubt, jener wisse es nicht, weil er sich z. E. versteckt hat, und den Diebstahl mit ansieht, ohne von dem Dieb gesehen zu werden.

(1) L. 22. §. 7. D. mandat. L. 52. §. 16. D. de furt. L. 7. C. eod. (VI. 2.).

(2) Strube rechtl. Bed. 2. Band, 94. Bed. — Ueberhaupt ist der Begriff des Diebstahls nach Römischen Gesetzen ganz anders als nach den unsrigen zu bestimmen. Jene wollen jede Handlung, da Jemand sich fremder, oder in fremder Gewahrsam befindlicher Sachen in der Absicht eines ungebührlichen Vortheils widerrechtlich bemächtigt (contrectat), schon als Diebstahl behandelt wissen. §. 1. 6. I. h. t. L. 1. §. 3. L. 52. §. 19. D. de furt. Bisweilen werden auch andere facta als Diebstähle behandelt, ob sie es gleich eigentlich nicht sind, aber doch in effectu damit übereinkommen. Z. B. die wissentliche Annahme einer

einer Nichtschuld. L. 18. D. de condict. furt. Die Veräußerung eines beweg lichen Pfandes von Seiten des Schuldners. L. 19. §. 6. D. de furt. Hierna ist aber der Begriff im Wesentlichen nicht zu bestimmen. Contrectare bezeid net überhaupt, so viel als loco movere L. 15. D. ad exhib. L. 3. §. 18. D. d adq. vel. amitt. poss. Nach Theophilus §. 3. I. de usucap. ut dominu circa rem versari, et omnia in ea agere, quae dominus solet. Hieraus lasse sich nun die verschiedenen Arten des Diebstahls, welche im Römischen Rech vorkommen, und §. 1022. ꝛc. näher angegeben werden, leicht erklären. Di Deutschen Criminalrechte setzen, wenigstens der gemeinen Meynung nach beym Diebstahle die Wegnahme eine[illegible]nden Sache aus fremder Gewahrsan in gewinnsüchtiger Absicht voraus, womit jedoch Klein Grundś. d. pein Rechts §. 427, und Feuerbach Lehrb. des P. R. §. 356, zu vergl. sind. W

§. 1020. Folgen aus dieser Definition.

Der Diebstahl wird an einer fremden Sache begangen. Also 1) mein eigene Sache kann ich der Regel nach nicht stehlen. Ich sage der Regel nach eine Ausnahme wird §. 1025. vorkommen. 2) Auch an einer herrenlosen Sach (re nullius) kann kein Diebstahl begangen werden. Daher nennen es die Rö mer nicht einmal Diebstahl, wenn Jemand aus einer noch nicht angetretene Erbschaft (hereditate iacente) etwas entwendet, wiewohl es ein Verbreche ist, welches crimen expilatae hereditatis heißt.

1021. Fortsetzung.

Auch 3) Ehegatten können während der Ehe keinen Diebstahl gegen ein ander begehen. Denn sie leben in einer Gütergemeinschaft, wo nicht des Ei genthums, doch des Gebrauchs; und die Römischen Gesetzgeber glaubten, e sey unschicklich, wenn ein Ehegatte das harte Wort Diebstahl gegen den an dern brauchen wollte. Sie nennen also die Sache höflicher amotio rerum. Wenn daher ein Ehegatte dem andern etwas entwendete, welches nicht selten geschah, wenn die Ehegatten mit den Gedanken umgingen, sich zu trennen, so hatte nicht *actio furti*, sondern *rerum amotarum* Statt. Wenn mir meine Concubine etwas wegnahm, oder gewesene Ehegatten nach der Ehescheidung einander etwas entwendeten, so war es ein wahrer Diebstahl.

§. 1022. Gattungen des Diebstahls.

Der Diebstahl ist entweder *furtum rei*, oder *usus*, oder *possessionis*, Rei, wenn ich die Sache selbst, die nicht mein gehört, entwende; usus, wenn ich eine fremde Sache unbefugt gebrauche; possessionis, wenn ich meine eigne Sache dem Andern aus seinem rechtmäßigen Besitz nehme.

§. 1023. Vom furto rei.

Furtum rei also begeht einer, der 1) bewegliche Sachen entwendet, sie mögen lebendig oder leblos seyn, von großem oder geringem Werth. Bey unbeweglichen Sachen fällt der Diebstahl weg. Auch 2) an einem *filio* und einer *filia familias* konnte ich einen Diebstahl begehen, wenn ich sie dem Va

Ssssss

ter entwendete. Desgleichen 3) an Sklaven und Sklavinnen, nur muß dieß in der Absicht, etwas zu gewinnen, geschehen. Wenn also einer eine schöne Sklavin hat, die ich ihm gern um einen billigen Preis abkaufte, um sie als Concubine zu haben; die ihm aber nicht feil ist, und ich sie deswegen entwende: so ist es kein Diebstahl. 4) An Menschen, welche frey und *sui iuris* sind, desgleichen an entflohenen Sklaven wird kein Diebstahl begangen. Wer sie wegnimmt, und wider ihren Willen, oder den Willen des Herrn bey sich behält, begeht ein Verbrechen, das *plagium* heißt.

§. 1024. Vom furto usus.

Furtum usus, die Gebrauchsentwendung, begeht derjenige, a) welcher eine Sache vom Eigenthümer zum Besitz, aber nicht zum Gebrauch erhalten hat, und sie dennoch gebraucht, z. E. der depositarius, welcher die deponirte Sache, der Pfandgläubiger, welcher das Pfand gebraucht. b) Wer eine Sache anders, oder längere Zeit gebraucht, als ihm der Eigenthümer erlaubt, z. E. wer das Pferd, das ihm zum Reiten geliehen ist, in den Wagen spannt. Indessen wird doch vorausgesetzt, daß einer *dolose* diesen unerlaubten Gebrauch unternimmt. Wenn ich also z. E. das Pferd auf acht Tage geliehen habe, und durch Krankheit verhindert werde, zur gesetzten Zeit zurückzukommen, oder wahrscheinliche Gründe gehabt habe, zu glauben, daß mir der Eigenthümer es länger lassen werde; so begehe ich kein furtum usus (*1). Das elegans rigidioris romanorum disciplinae exemplum bey Valerius Maximus VIII. 2. besteht darin, daß sie einen als furem usus verurtheilten, der ein Pferd bis nach Aricia geliehen hatte, und damit auf einen Hügel jenseits der Stadt geritten war. Die Strafe dieses furti war die doppelte Ersetzung des Schadens.

(1) L. 54. §. 1. D. de furt. L. 76. pr. D. Commod. *Lauterbach* coll. th. pr. tit. commod. §. 10.

§. 1025. Vom furto possessionis.

Das furtum possessionis, Besitzentwendung, begeht Einer, welcher eine Sache verpfändet hat, und sie dem Gläubiger aus seiner Verwahrung entwendet (*). Auch diese Art von Diebstahl wurde bey den Römern mit der Strafe des doppelten Ersatzes belegt; dergestalt nemlich, daß der Eigenthümer dem Pfandgläubiger den erlittenen Schaden doppelt ersetzen mußte.

(*) Die Besitzentwendung begeht überhaupt derjenige, welcher Sachen, deren Eigenthum ihm zusteht, oder in Ansehung deren ihm Forderungen aus Contracten zukommen, aus fremder Gewahrsam gegen die Besitzrechte des Inhabers entwendet. Dahin gehört nicht nur der Pfandschuldner in dem hier angeführten Falle §. 10. I. h. t., sondern auch der Commodans, der dem Commodatar, welcher das Retentionsrecht übte L. 59. D. de furt. und der Eigenthümer, welcher dem Usufructuar oder dem redlichen Besitzer die Sache ent-

wendet, L. 20. §. 1. eod. Nur setzt das furtum *possessionis* natürlich einen fremden Besitz voraus, daher die Fälle, welche in L. 36. D. de pign. act. und L. 19. §. 6 D. de furt. vorkommen, und welche Fauerbach l. c. §. 355. gleichfalls hieher rechnet, zu dieser Art des Diebstals nicht gehören, wenigstens der Fall des ersten Gesetzes nicht immer. Westphal vom Pfandrechte. §. 26. W.

§. 1026. 1027. 1028. Das furtum ist entweder manifestum oder nec manifestum.

Wenn der Dieb auf der That ergriffen wird, so heißt der Diebstahl *furtum manifestum*; ausserdem *nec manifestum*. Auf der That aber ist er alsdann ertappt, wenn er gesehen, oder angerufen, oder angehalten wird, ehe er die gestohlene Sache dahin bringt, wohin er sie bringen wollte. Also nicht nur alsdann ist es furtum manifestum, wenn der Dieb in der Handlung des Stehlens entdeckt wird; sondern auch, wenn dieß geschieht, indem er schon die Sache wegträgt; nur muß er sie noch nicht an den Ort gebracht haben, wo er sie zu lassen willens war. Denn wenn er dort erst ergriffen wird, so ist es kein furtum manifestum, L. 3. 4. 5. D. de furtis.

§. 1029. Klagen gegen den Dieb.

Aus dem Diebstahl wird entweder *civiliter* geklagt, oder *criminaliter* auf eine öffentliche Strafe. Klagt man civiliter, so verlangt man entweder den Ersatz des Schadens, oder eine Geldstrafe.

§. 1030. Von der condictione furtiva.

Wenn man auf Entschädigung klagt: so heißt die Klage *condictio furtiva*. Sie wird angestellt vom Eigenthümer und dessen Erben, auch vom bonae fidei Besitzer, und vom Vormund Namens des Pupillen, gegen den Dieb, er mag besitzen, oder dolo aufgehört haben zu besitzen (§. 281.), und dessen Erben, daß er die gestohlne Sache, oder deren Werth und alles Interesse erstatte.

Ungewöhnlich ist es, sagt die Anmerkung, daß der Eigenthümer seine Sache mittelst einer Condiction forderte, denn wer eine Condiction auf eine Sache anstellt, verlangt, daß ihm der Beklagte die Sache gebe (*dari* sibi ab adversario petit). Dare heißt das Eigenthum übertragen. Wer aber schon Eigenthümer ist, kann nicht verlangen, daß ihm das Eigenthum übertragen werde. Der Grund, warum die Gesetzgeber hier eine mit der Analogie streitende Klage zugelassen haben, liegt, wie Justinian sagt (*1), in dem Haß der Gesetzgeber gegen die Diebe (*2). Will übrigens der Bestohlne die Reivindication anstellen, so kann er es thun. Aber er wird so unklug nicht seyn; denn bey dieser Klage muß er sein Eigenthum beweisen, welcher Beweis schwer ist (§. 345.) (*3).

(1) §. 14. I. de act.

(2) Wer die Sache noch weiter, bis in die tiefsten Subtilitäten untersucht und ausgeführt zu lesen wünscht, kann *Fabri* rationalia ad L. 1. D. de cond. furtiv. nachschlagen.

(3) Diese Klage macht auch den Beklagten nicht ehrlos (actio non est famosa). *Fornerius* (ICtus non ex trivio, sed ultra vulgus doctorum sapiens et praeclare omnibus literarum praesidiis excultus, wie ihn *Gundling* Ex. Tom. 1. p. 473. nennt) rer. quot. lib. 2. cap. 24. ap. *Otton.* tom. 2. p 186. — Die Römischen Rechtsgelehrten leiteten übrigens diese Klage nicht unmittelbar aus dem Diebstahle, sondern zunächst aus dem Grundsatze: Niemand darf sich mit dem Schaden eines Andern bereichern, und nur *remote* aus dem furtum her. Der nächste Grund genügt, um gegen die Erben des Diebes zu klagen; das entferntere Fundament nimmt man zu Hülfe, um mehrere, auch einzeln in solidum zu verhaften, jedoch wird dieses durch den ersten und vorzüglichsten Klagegrund gleich wieder eingeschränkt, da die von Einem geleistete Erstattung die übrigen befreit uno solvente reliqui liberantur (§. 1018.) W.

§. 1031. Von der actione furti.

Diese stellt an a) der Eigenthümer; b) ein jeder Andere, dem daran gelegen ist, daß die Sache nicht gestohlen sey, z. E. der Pfandgläubiger, wenn ihm das Pfand gestohlen wird; der bonae fidei Besitzer; c) jeder, der für die Sache stehen muß; z. E. der Schneider, der Tuch zu einem Kleide von mir in Händen hat, wofern er im Stand ist, den Werth der Sache dem Eigenthümer zu bezahlen. Denn kann er dieß nicht: so verliert er durch den Diebstahl nichts (*1). Sie geht gegen den Dieb, und gegen alle, die ihn aufgenommen, versteckt, ihm zum Diebstahl Anschläge gegeben, oder dabey geholfen haben. Das Gesuch bey einem ertappten Dieb (fure manifesto) ist, daß er den vierfachen Werth der Sache bezahle; bey einem nicht ertappten (fure nec manifesto), daß er ihn doppelt ersetze. Die Ursache, warum der letzte gelinder gestraft wird, als der erste, liegt wohl darin, weil ein ertappter Dieb sich gewöhnlich zur Wehre stellt, folglich gefährlicher ist, als ein anderer (*2).

(1) Dieser Grund scheint mir aber sehr unzulänglich. Denn es kann ihm in mancher Rücksicht sehr viel daran gelegen seyn, daß der Dieb bestraft werde.

(2) Andere Ursachen führt an *Martucius* var. explanat. lib. 1. cap. 3.

§. 1032. Verhältniß dieser Klagen gegen einander.

Actiones rei persecutoriae und poenales können zusammen angestellt werden; sie stehen in keiner Collision (§. 1017.). Daher kann man gegen einen Dieb zuerst actionem furti anstellen, und wenn man das duplum oder quadruplum erhalten hat, doch noch die Sache selbst mittelst der condictionis furtivae oder rei vindicationis verlangen.

§. 1033. Von der peinlichen Bestrafung des Diebstahls.

Zuweilen wurde der Diebstahl bey den Römern auch mit einer öffentlichen Strafe belegt, das heißt, mit einer Geldstrafe, die der Fiscus bekam; oder mit einer Leibesstrafe, z. E. Abhauung der Hand; oder mit der Lebensstrafe. Justinian aber hat verboten, einen Dieb am Leben zu strafen, auch verboten, ihn eines Gliedes zu berauben. Er will, daß die Diebe nur mit der

Strafe der Landesverweisung, oder mit einer Geldstrafe belegt werden sollen (Vergl. jedoch §. 1017. Note*) (*).

(*) Ueber die öffentliche Bestrafung des Diebstahls nach Römischem Rechte, s. auch *Bynkershoek* obs. iur. Rom. III. 16.

§. 1034. Von dem heutigen Gebrauch dieser Lehre.

Heutigestages hat keine Privatstrafe bey dem furto usus und possessionis Statt. Man klagt nur auf die einfache Ersetzung des Schadens, den man durch diese Art von Diebstählen erlitten hat. Auch werden sie mit keiner öffentlichen Strafe belegt (*1). Ueberhaupt fallen alle actiones in duplum, triplum und quadruplum weg (vergl. jedoch §. 1127.). Wenn ein Dieb eine Geldstrafe bezahlt, so bekommt sie allezeit der Fiscus; nie der, gegen den das Verbrechen begangen worden ist. Anstatt aber, daß bey den Römern der Diebstahl nur zuweilen mit einer öffentlichen Strafe belegt wurde, und daher ein delictum privatum heißt, so wird heutigestages allezeit eine solche Strafe darauf dictirt.

(1) *Lauterbach* coll. th. pr. tit. commod. §. 10. ibique cit. Indessen muß doch der fur usus so wie ein anderer Dieb, den casum prästiren. *Hommel* rhapsod. Obs. 268. p. 348. sqq. *Schott* diss. de furto usus, §. 19.

§. 1035. Heutige Strafe.

Die Strafe nemlich ist zuweilen Pranger, zuweilen Gefängniß, Landesverweisung, Leibes- oder Lebensstrafe. Die Lebensstrafe ist nach der Vorschrift der peinlichen Gerichtsordnung Carls des V. bey Mannspersonen das Hängen, bey Weibspersonen das Ertränken. Allein die letztere wird heutzutage nicht mehr dictirt, sondern eine andere Todesstrafe an ihre Stelle gesetzt.

§. 1036. Weitere Ausführung.

Nemlich 1) der Diebstahl ist entweder ein gefährlicher oder nicht, *qualificatum* oder *simplex*. Furtum qualificatum, ein gefährlicher heißt, wenn der Dieb einsteigt, oder einbricht, oder mit gefährlichem Gewehr eingeht; simplex, wenn es auf keine dieser Arten geschieht. 2) Entweder der erste, oder zweyte, oder dritte; 3) entweder ein kleiner, oder ein großer. Groß heißt er, wenn der Werth der gestohlnen Sache fünf Gulden, das heißt nach der Usualerklärung, fünf Ducaten, oder mehr beträgt; klein, wenn es nicht so viel ausmacht.

Der gefährliche soll mit dem Strang, oder mit dem Ertränken (bey Weibspersonen), oder nach Gelegenheit der Person und Ermessen des Richters mit einer schweren Leibesstrafe bestraft werden. Bey dem nicht gefährlichen kommt es darauf an, der wievielste er ist. Stiehlt einer dreymal, so ist auf den dritten Diebstahl die Lebensstrafe gesetzt, weil man einen solchen Dieb für unverbesserlich hält. Wenn hingegen einer zum ersten- oder zwey-

tenmal stiehlt, so muß man sehen, ob der Diebstahl groß oder klein ist. Der große soll mit dem Strang oder einer Leibesstrafe, der kleine hingegen nach dem Ermessen des Richters mit Gefängniß, Landesverweisung oder Staupenschlag bestraft werden.

TIT. II.
DE VI BONORUM RAPTORUM.

§. 1037. Erklärung des Raubes.

Der Raub ist eine gewaltsame Entwendung einer fremden beweglichen Sache, in der Absicht etwas zu gewinnen, sich zu bereichern (animo lucri faciendi). Also a) die Entwendung einer Sache, und zwar b) einer fremden und c) beweglichen Sache. d) Die Entwendung geschieht gewaltsam; e) in der Absicht sich zu bereichern.

§. 1038. Vergleichung des Raubes und Diebstahls.

Raub und Diebstahl kommen also darin überein, daß beyde, der Dieb und der Räuber, eine fremde bewegliche Sache in der Absicht, sich *zu bereichern*, entwenden. Aber darin sind sie verschieden: der Dieb nimmt die Sache heimlich, so daß es der Eigenthümer nicht weiß, oder der Dieb *wenigstens* glaubt, er wisse es nicht. Hingegen der Räuber nimmt öffentlich; läßt den Beraubten zusehen, und braucht auch wohl Gewalt.

§. 1039. Raub hat nur bey beweglichen Dingen Statt.

1) Der Raub setzt eine bewegliche Sache voraus. Wenn also Jemand sich mit Gewalt in den Besitz einer unbeweglichen Sache setzt; z. E. mich mit Gewalt aus dem Hause wirft: so ist er kein Räuber; man kann aber gegen ihn aus dem interdicto unde vi, oder aus der L. Julia de vi publica vel privata klagen.

§. 1040. Und bey Sachen, die einer nicht für sein eigen hält.

2) Ein wahrer Raub ist es nur alsdann, wenn Jemand eine Sache nimmt, von welcher er weiß und glaubt, daß sie ihm nicht gehöre. Wenn ich einem eine Sache, die ich für die meinige halte, wegnehme, so bin ich kein Räuber. Z. E. ich verkaufe einem eine Sache auf Credit; weil er den Zahlungstermin nicht einhält, nehme ich ihm die Sache gegen seinen Willen weg. Dieß ist kein Raub, aber doch eine unerlaubte Handlung. Denn im Staate sind Obrigkeiten, deren Hülfe man suchen muß, wenn man Unrecht zu leiden glaubt. Niemand darf sich selbst Recht schaffen, die Selbsthülfe ist verboten. Das *decretum D. Marci*, das in der L. 7. C. unde vi (VIII. 4.) enthalten ist, setzt folgende Strafe auf die Selbsthülfe. Wenn ich a) eine Personalforderung gegen einen habe, und ihm deswegen etwas von seinen Sachen gewaltsam

wegnehme (si debiti causa res debitoris invado): so muß ich die Sache restituiren, und verliere zugleich die Personalforderung. b) Nehme ich meine eigene Sache, die mir z. E. gestohlen war, und die ich bey einem ungefähr antreffe, mit Gewalt weg, so muß ich die Sache zurückgeben, und verliere das Eigenthum. Endlich c) wenn ich eine Sache gewaltsam occupire, welche ich irrig für die meinige hielt, so bin ich schuldig, sie wieder herauszugeben, und noch dazu den Werth zu bezahlen (*[1]). Diesen Werth bekommt der Beleidigte, nicht der Fiscus (*[2]).

(3) *Car. Frid. Walch* hist. iur. civ. de vindicta privata, in opusc. Tom. 1. p. 396. sqq. Wenn ich mit Jemand den Vertrag mache, daß wofern er seine Schuldigkeit nicht erfüllen werde, ich befugt seyn solle, mir eigenmächtig Hülfe zu verschaffen: so bin ich zwar zur Selbsthülfe berechtigt; sobald indessen der Andere sich mir widersetzt, muß ich davon abstehen, und richterlichen Beystand suchen. Wenigstens ist dieß die gemeine Lehre. Strube rechtl. Bed. 2 Band 32. Bed. Man s. indessen auch *Müller* ad *Leyser* obs. 911.

(2) Die Fälle, wo die Selbsthülfe erlaubt ist, erzählen Claproth in s. Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Proceß, 1. Theil, §. 3. 2c. und *Georg Ern. Finckler* in diss. de persecutione iuris sui extra iudicium propria auctoritate facta, (Altorf 1726.) cap. 1. §. 3 sqq. cap. 2. 3. 4. 5.

§. 1041. Auf den Werth der Sache kommt nichts an.

3) Die Strafbarkeit des Raubes liegt hauptsächlich in der Stöhrung der öffentlichen Sicherheit. Daher kommt bey Bestimmung der Strafe nichts auf den Werth der geraubten Sache an; sie mag viel oder wenig werth seyn, die Strafe ist einerley. Denn die öffentliche Sicherheit wird eben so sehr gestöhrt, wenn ich einem einen Pfennig, als wenn ich ihm 1000 Rthlr. raube.

§. 1042. Klagen gegen den Räuber.

Gegen den Räuber kann man *actionem furti*, und zwar *manifesti* auf das quadruplum (*[1]) anstellen, weil er ein Dieb im allgemeinen Sinne des Worts ist. Allein der Prätor giebt auch eine eigne Klage gegen ihn, die *actionem vi bonorum raptorum*. Sie wird vom Eigenthümer oder auch von einem Andern angestellt, der durch den Raub Schaden leidet, gegen den Räuber, nicht gegen dessen Erben (denn sie ist eine Pönalklage §. 1017.); und zwar auf die vierfache Ersetzung des Werthes, wenn die Klage innerhalb einem Jahre angestellt wird; auf die einfache Ersetzung aber, wenn sie nach Verlauf eines Jahres angebracht wird. Hierbey ist aber zu bemerken: wenn ich vom Räuber den vierfachen Ersatz erhalte, so kann ich nicht zugleich die Restitution der Sache fordern, wie bey dem furto manifesto. Die actio vi bonorum raptorum ist eine actio *rei et poenae persecutoria* (*[2]).

(1) *Hortensius* ad pr. Inst. h. t.

(2) Sonderbar ist es freylich, daß man von einem fure manifesto mehr als vom Räuber, nemlich den vierfachen Werth, und zugleich die Restitution der Sache;

vom Räuber aber blos poenam quadrupli; oder welches einerley ist, poenam tripli nebst Restitution der Sache verlangen kann. Die Juristen geben sich viele Mühe, zu erklären, warum der Prätor gegen den Dieb eine vortheilhaftere Klage, als gegen den Räuber gegeben hat. Thomasius in not. ad l. h. t. giebt eine Ursache an, die nicht unwahrscheinlich ist. Er sagt, vermuthlich konnte nach dem alten Römischen Recht aus dem Diebstahl nie auf mehr, als das duplum geklagt werden. Damals führte ein Prätor die actionem vi bonorum raptorum auf das quadruplum, oder auf Ersetzung der Sache und poenam tripli ein. Nachher kam es auf, daß gegen einen furem manifestum auf die poenam quadrupli geklagt werden konnte. Jetzt hätte man bey dem Raube die poenam tripli auf das quintuplum, sextuplum u. s. w. erhöhen, oder wenigstens die poenam quadrupli einführen sollen. Allein jenes gieng nicht an, weil die Römer keine actiones poenales ultra quadruplum haben wollten, und dieses war nicht nöthig, da man gegen den Räuber die actionem furti manifesti anstellen konnte.

§. 1043. Von den peinlichen Strafen des Raubes.

Wenn der Raub geschehen war entweder a) mit gewaffneter Hand, oder b) mehrmalen, oder c) auf der öffentlichen Straße: so hatte die Todesstrafe Statt; ausserdem wurden die Räuber zum Bergbau condemnirt, oder auf Inseln verwiesen. Auch ein latro, das ist einer, der raubt und mordet, wurde am Leben gestraft.

§. 1044. Heutiger Gebrauch.

Der Raub wird, so wie der Diebstahl, in Deutschland als ein öffentliches Verbrechen angesehen, und peinlich bestraft; die actio in quadruplum aber fällt weg. Nach der peinl. Gerichtsordnung Carls V. nemlich wird ein Räuber mit dem Schwerdt bestraft (*1). Hat er auf der Landstraße geraubt, so wird sein Körper auf das Rad geflochten. Mörder werden gerädert. Die in dem decreto D. Marci auf die Selbsthülfe gesetzte Strafe wird selten dictirt, denn es wird selten darauf geklagt. Wenn dieß aber geschähe, so würde meines Erachtens der Richter darauf sprechen müssen, da die Selbsthülfe der öffentlichen Sicherheit so nachtheilig ist, und man nicht mit Grund behaupten kann (*2), daß das Decret des K. Antonius auf unsre Verfassung nicht anwendbar oder bey uns abgeschafft sey (*3).

(1) Doch sehe man: Struben rechtl. Bed. 1 Th. 380. Seite.

(2) Wie z. E. *Claproth* in diss. de non usu decr. D. Marci, thut.

(3) *Schilter* ex. 2. th. 13. sqq. *Brunnemann* ad L. 13. D. quod met. caus. *Mev.* P. 1. D. 95. P. 4. D. 217. sqq. P. 5. D. 156. 351. *Stryk* U. M. tit. quod met. caus. §. 9. *Lyncker* de grav. extraiud. Part. 2. Cap. 9. §. 44. *Ludolf* symphor. consult. forens. Vol. 1. cons. 18. p. 436. *Leyser* sp. 507. m. 1. 2. *Cramer* observ. Tom. 4. observ. 1070. p. 159. *Boehmer* Diss. cit. in ex. ad Pand. Tom. 2. 35 sqq. *Büsser* ad L. 7. C. unde vi §. 22. *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 4. obs. 39. Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, Num. 51. Webers Reflexionen S. 66. u. f. f. *Ernst Lud. Aug. Eisenhart* diss. de poena legibus rom. adversus vindictam privatam sancita, in foris adhuc valida. Helmst. 1787. *Müller* ad *Leyser* obs. 835. Glück über Hellfeld §. 183.

TIT.

TIT. III.

DE LEGE AQUILIA.

§. 1045. Was ist damnum iniuria datum?

Das dritte Privatverbrechen ist *damnum iniuria datum*. Man versteht darunter die Handlung, wodurch ein freyer Mensch eine fremde Sache verdirbt. Also a) ein freyer Mensch begeht diese Handlung. Wenn mein Sklave einem Andern Schaden thut, so heißt es *noxa*, und wenn es mein Thier thut, *pauperies*. b) Eine fremde Sache wird verdorben. Es ist kein damnum iniuria datum, wenn ich meine eigene Sache verderbe; ausser wenn ein Anderer einen Anspruch darauf hat; z. E. wenn ich sie ihm verkauft und noch nicht tradirt habe. c) Die Sache wird verdorben, beschädigt, destruiret. Es ist also nicht damnum iniuria datum, wenn ich einen hindere, einen Vortheil zu acquiriren, z. E. einen vortheilhaften Kauf zu schließen; oder wenn ich ihm durch eine Unterlassungshandlung Schaden zufüge; z. E. ich warne einen nicht vor einem gefährlichen Wege, und er wirft mit seinem Wagen um; oder endlich, wenn ich eine Sache stehle, raube.

Das Gesetz, welches die Strafe für das damnum iniuria datum bestimmt, heißt *lex Aquilia*. Wer der eigentliche Autor dieses Gesetzes sey, und die Zeit, da es gemacht wurde, ist unbekannt. Soviel weiß man nur, daß es ein plebiscitum war (§. 37.) und daß der Autor Aquilius hieß.

§. 1046. Es wird entweder mit Vorsatz oder aus Nachläßigkeit begangen.

Das Vergehen, wovon hier die Rede ist, heißt damnum *iniuria* datum, ein widerrechtlicher Schaden. Iniuria heißt also hier nicht Beschimpfung, wie im folgenden Titel, sondern Unrecht, id quod *non* iure fit. Dieses Vergehen kann 1) sowohl mit Vorsatz als aus Nachläßigkeit begangen werden, und zwar sowohl culpa lata, als levi und levissima (*). Exempel von damnis iniuria datis sind: a) wenn Jemand sich für einen Kunstverständigen ausgiebt, gleichwohl die Kunst nicht versteht, und mir durch diese Unwissenheit Schaden zufügt. Z. E. wenn sich Einer für einen Pferdearzt ausgiebt, und meinem Pferd schädliche Arzneymittel verordnet (*1). b) Wenn Jemand sich untersteht, etwas zu thun, wozu er die nöthigen Leibeskräfte nicht hat, und ich dadurch in Schaden komme; z. E. wenn einer mit raschen Hengsten fahren will, der die Stärke nicht hat, sie zu regieren, und daher im Fahren mir Schaden thut.

(*) L. 44. pr. D. h. t. In lege Aquilia et levissima culpa venit. Dennoch sucht *C. W. Wehrn* doctrina damni etc. Cap. 4. §. 16. das Gegentheil zu vertheidigen. W.

(1) Die Ursache, warum das Versehen eines Arztes ein wahres Delict ist, da

doch der Richter, welcher ein ungerechtes Urtheil, culpa levi oder levissima spricht, nur quasi ex delicto verbunden ist, erklärt mit vieler Wahrscheinlichkeit Weber Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 16. u. f.

§. 1047. Aber widerrechtlich.

2) Nur der begeht damnum iniuria datum, der eine widerrechtliche, verbotene Handlung unternimmt, nicht wer mir durch eine erlaubte Handlung Schaden thut. Hierher gehört der Fall des *moderaminis inculpatae tutelae*. Wenn mich nemlich 1) Jemand unrechtmäßigerweise angreift; 2) mich tödten, verwunden, mir etwas von meinem Vermögen rauben will (*[1]); ich ihn 3) nicht anders abhalten kann, als wenn ich ihn tödte; und ihn daher 4) im Angriff wirklich tödte: so sagt man, ich habe das moderamen inculpatae tutelae beobachtet; ich habe mich nur vertheidigt (also ist es tutela), *auf erlaubte* Art (*inculpata* tutela), und habe alle Mäßigung dabey beobachtet; daher *moderamen* inculpatae tutelae.

(1) Eine Weibsperson insonderheit kann sich gegen Nothzucht auf diese Weise vertheidigen.

§. 1048. Nicht durch Zufall.

Wer 3) durch einen ungefähren Zufall, das heißt, durch eine Handlung, die ihm nicht imputirt werden kann, Schaden thut, begeht kein damnum iniuria. Z. E. der Schütze, der in der Schießstätte schießt, und mein Pferd, das ihm in den Schuß lauft, trifft; der Dachdecker, welcher, nachdem er ein Warnungszeichen gegeben hat, Ziegel vom Dache wirft, und einen Vorbeygehenden trifft (*).

(*) Aus eben diesem Grunde kann also auch wegen eines Schadens, den ein Kind oder ein Wahnsinniger angerichtet hat, keine Klage Statt finden; es versteht sich, daß hiebey nicht von der Verantwortlichkeit derer die Rede sey, die in Ansehung der ihnen obliegenden Aufsicht über solche Personen etwas versäumt haben. Es haben zwar einige Rechtslehrer behaupten wollen, daß der Schade auf alle Fälle aus dem Vermögen des Kindes oder Wahnsinnigen zu vergüten sey, wie das auch in einigen Partikularrechten und besonders noch im Preuß. Landrechte I. 6. 42. rc. bestätigt ist. Als gemeines Recht läßt es sich aber nicht vertheidigen. Weber v. d. natürl. Verbindl. § 71. Note 20 und 21. Man s. auch Thibaut Vers. üb. d. Theorie d. Rechts II. 8. 210 rc. welcher besonders die von Wehrn in doctr. damni etc. cap. 1. §. 2. Note 43. rc. für das Gegentheil angeführten Argumente der Reihe nach beantwortet hat. W.

§. 1049. Fernere Erfordernisse des Aquilischen Gesetzes.

Wer ein damnum iniuria leidet, kann aus der lege Aquilia klagen. Doch redet 4) das Aquilische Gesetz nur von dem Fall, wenn ich an meinem Vermögen Schaden leide; nicht von dem, wenn ein freyer Mensch verwundet wird. Hier also hat keine actio directa ex lege Aquilia Statt. Dieses Gesetz setzt ferner 5) voraus, daß einer körperlichen Sache, vermittelst einer

körperlichen Sache Schaden zugefügt wird; z. E.
das Thier todt, das dem Andern gehört, zerschlage (
Man s. den 1059. §. Weiter 6) ist zu bemerken, da
Beschädigten ebenfalls Schuld beyzumessen ist, er au
klagen könne (*1). Endlich und 7) muß ich anführe
auf solche Beschädigungen ging, welche ausser einen
den. Man hat aber das Gesetz nachher auch auf da
ausgedehnt. Demnach kann ich, wenn mir ein Cont
zufügt, zweyerley Klagen anstellen, einmal aus dem
aus dem Aquilischen Gesetze (*2).

Es fragt sich aber, ob, wenn ich actionem legi
Schadens anstellen will, den ich im Contract erlitten
culpa vorhanden seyn müsse, welcher in demselben Con
ob dieß nicht erforderlich sey? Z. E. im Miethcontr
und levis geleistet; gesetzt nun, mein Miethsmann
Sache culpa levissima. In diesem Falle kann ich a
gegen ihn klagen. Aber kann ich ihn aus dem Aquili
(§. 1046.) Einige Juristen (*3) behaupten, man k
wegen eines jeden damni culposi auch in Contracten
sagen mit besserem Grund: wenn ich wegen eines in ei
Schadens die Klage aus dem Aquilischen Gesetze anst
Grad von culpa vorhanden seyn, welcher in dem vo
prästiren ist. In dem gegebenen Exempel also hat die
nicht Statt. Wenn die erste Meynung richtig wäre,
von den Graden der culpae und deren Prästation in d
nütz seyn (*4).

(1) *Kraus* diss. de lege Aquilia in eos etiam, qui ex c
tur. Viteb. 1757. Strube rechtl. Bed. 3. Th. 229. (
(2) Ja es giebt Fälle, wo man Schaden in einem Con
andere Klage, als aus dem Aquilischen Gesetz anstell
(3) *Zoesius* ad Pand. h. t. n. 9. *Coccejii* iur. controv.
(4) *Beyer* posit. ad Inst. h. t. n. 6. lit. b. *Berger* resolut.
p. m. 153 *Boehmer* de act. Sect. 2. cap. 11. §. 20.
3 Th. 227. Seite.

§. 1050. Von den Capiteln dieses Gesetzes, und zwar von

Das Aquilische Gesetz hatte mehrere Capitel (*1).
den Inhalt vom ersten und dritten; wovon das zweyte
delt haben, ist unbekannt. Das erste verordnete: wer
Sklavin, quadrupes oder pecus widerrechtlicherweise

genthümer den höchsten Werth bezahlen, den die Sache im nächstvorhergehenden Jahre gehabt hatte.

(1) *Noodt* ad L. Aquil. Cap. 13. glaubt, daß deren mehr als drey gewesen seyen. Hingegen *Io. Henr. Mylius* in diss. de tribus legis Aquil capitibus sucht zu beweisen, daß es nicht mehr als drey gehabt habe. Diese Abhandlung ist in dem Kitzischen Theophilus 2. B. S. 1101. beygedruckt.

§. 1051. Weitere Ausführung.

Also dieses Capitel erfordert: 1) daß der Schaden durch Todtschlagen geschehen sey; 2) eines Sklaven, oder einer Sklavin, oder eines *pecudis quadrupedis*. Nemlich lex Aquilia unterschied 1) *quadrupedes* und zweyfüßige Thiere, 2) *pecudes* und Nicht-pecudes. Pecudes hießen nur solche Thiere, welche heerdenweise geweidet wurden, z. E. Ziegen, Schafe, Ochsen, Kühe, Pferde, Esel, Maulthiere, Schweine. Das erste Capitel des Aquilischen Gesetzes redet von Thieren, welche quadrupedes und pecudes sind(*); das dritte von solchen, die entweder nicht quadrupedes sind, z. E. Vögel, oder nicht pecudes, z. E. Hunde, Katzen.

(*) L. 2. pr. D. h. t. wo Statt der Worte: quadrupedem *vel* pecudem zu lesen ist, *quadrupedem ve pecudem*. vergl. §. 2. ibid. womit auch die Basiliken übereinstimmen. *Hotomann* observat. iur. VII. 12. *Noodt* ad L. Aquil. c. 2. Dagegen vertheidigt *Byinckershoeck* observ. iur. IV. 18. und ausführlich in opusc. de reb. merc. c. 6. die gewöhnliche Leseart. Ulpians Worte: quadrupedes, quae dorso collove domantur, fragm. XIX. 1. veranlaßten die Meinung, daß man nach Bynkershoeck quadrupedes in rechtlicher Bedeutung bloß auf Zug- und Lastthiere einschränkte, obgleich jener Zusatz eigentlich nur gewisse Arten quadrupedum näher bestimmen soll, vergl. Fragm. XXII. 14. u. 15. und übrigens die Römischen Gesetze sowohl hier, als auch bey Beschädigungen, von denen im 9ten Titel dieses Buchs die Rede ist, den Ausdruck nicht anders als im gewöhnlichen Sprachgebrauche nehmen, wie schon Hugo im Civ. Magaz. I. 3. 272. ꝛc. gegen die ersten Ausgaben dieses Commentars erinnerte. W.

§. 1052. Klagen aus dem ersten Capitel.

Aus diesem ersten Kapitel klagt also der Eigenthümer, oder wer sonst durch das Tödten der Sache Schaden gelitten hat, gegen den Todtschläger, nicht gegen dessen Erben (denn Pönalklagen gehen nicht gegen die Erben); sind es mehrere, die den Schaden zusammen gethan haben, gegen jeden in solidum (§. 1017. 5.); und zwar auf die Ersetzung des höchsten Werthes, den die Sache im nächst vorhergegangenen Jahre hatte. Z. E. wenn der Sklave, zu der Zeit, da ich ihn todtschlage, nur 10 aureos werth ist, weil er nur Einen Arm hat; er aber den Arm erst seit einem Jahr verlohren hat, und vor dessen Verlust 100 aureos werth war: so muß ich 100 aureos für ihn bezahlen. Und darum war die actio ex Lege Aquilia eine Pönalklage. Hätte man den Werth gefordert, den die Sache zur Zeit des Todtschlags hatte; so wäre sie eine actio rei persecutoria gewesen(1).

(1) Man s. indessen *Thomas.* diss. larva L. Aquil. detract. §. 21. seqq.

§. 1053. Vom zweyten Capitel des Aquilischen Gesetzes.

Der Inhalt des zweyten Capitels ist heutigestages völlig unbekannt. Einige (*1) glauben, es habe de servo corrupto, von der Verführung eines Sklaven; Andere (*2), es habe de effusis vel deiectis (§. 1078.) gehandelt. Allein dieß sind bloße Vermuthungen. Ulpian gesteht in dem angeführten Gesetz, er wisse den Inhalt dieses zweyten Capitels nicht; denn es hatte schon zu seiner Zeit vorlängst den Gebrauch verlohren, und war daher in völlige Vergessenheit gerathen. Es ist also eine in allem Betracht verlohrne Mühe, im 18. Jahrhundert dessen Inhalt erforschen zu wollen. — Die Sache bleibt billig denen überlassen, die sich mit Dingen beschäftigen, die man nicht wissen kann. W.

(1) Z. E. *Chifletius* de cap. secundo L. Aquil. in *Otton.* thesaur. Tom. V.
(2) Z. E. *Bynkershoek* am a. O.

§. 1054. 1055. 1056. Vom dritten Capitel.

Das dritte Capitel redet von folgenden Arten des Schadens: a) wenn ich einem seinen Sklaven oder pecudem quadrupedem verwundete; b) wenn ich ihm ein Thier, das nicht *pecus* oder nicht quadrupes war, z. E. einen Hund, einen Vogel, tödtete; c) wenn ich einem eine leblose Sache verbrannte, zerbrach, zerriß u. s. w. Die Strafe war, daß ich den höchsten Werth bezahlen mußte, den die Sache binnen den nächsten dreyßig Tagen gehabt hatte. Die Ursache, warum das erste Capitel auf den höchsten Werth des nächsten Jahres, das dritte auf den höchsten Werth des nächsten Monats sah, lag darin, weil das im ersten Capitel bestimmte Vergehen für schwerer angesehen wurde, als das, wovon im letzten die Rede war. Uebrigens infamirt die actio ex lege Aquilia nicht, wie die aus andern Verbrechen entstehenden Klagen thun.

§. 1057. Noch einige Anmerkungen über das Aquilische Gesetz.

1) Wenn ein freyer Mensch verwundet wird, so kann er nicht directe aus dem Aquilischen Gesetz klagen; denn es redet von diesem Fall nicht ausdrücklich. (§. 1049.) Indessen kann er doch utilem actionem anstellen, nicht auf die Aestimation; denn wie kann man hier eine Taxe machen? sondern auf Interesse; das heißt a) die Heilungskosten; b) auf die Ersetzung des Schadens, den er während der Cur, durch die Versäumniß in seinen Geschäften leidet, und c) den er nachher leidet, wenn er ein Glied verlohren, oder eine Lähmung bekommen hat, so, daß er zu seinen Geschäften untauglich geworden ist, oder doch weniger, langsamer als zuvor arbeiten kann. Schmerzengeld, Ersatz wegen der erhaltenen Narben und verlohrner Schönheit kann der Verwundete nach Römischem Recht nicht verlangen.

§. 1058. Fortsetzung.

2) Die Römischen Juristen sagen von dieser Klage: quod lis infitiando

crescat. Wenn der Beklagte das Vergehen läugnete und überführt wurde, so mußte er das duplum dessen bezahlen, was er sonst würde haben erlegen müssen.

§ 1059. Fortsetzung.

3) Nur alsdann, wenn an einer körperlichen Sache mit einer körperlichen Schaden geschieht, hat actio directa ex lege Aquilia Statt. Wenn ich zwar an einer körperlichen Sache, aber nicht mit einer körperlichen Sache schade, z. E. wenn ich des andern Thiere einsperre, und sie verhungern lasse: so wird actio ex lege Aquilia utilis angestellt. Ist der Schaden weder an, noch mit einer körperlichen Sache geschehen; z. E. wenn ich den Kefigt öffne, und einem seine Vögel herausfliegen lasse, so kann gar nicht ex lege Aquilia geklagt werden, sondern man muß actionem in factum anstellen (*).

(*) Der wörtliche Ausdruck legis Aquiliae begreift nur diejenigen Fälle, da Jemand unmittelbar und zunächst durch seine Handlung eine körperliche Zerstörung oder Verletzung zum Schaden eines Andern verursacht hatte; servum quadrupedemve occiderit, vel aliud quid ruperit, usserit, fregerit. Daher actio *directa*, d. i. nach dem Buchstaben des Gesetzes nur dann eintritt, si damnum corpore corpori datum est. Man gestattete aber auch wegen Gleichheit des Grundes und um des gemeinen Nutzens willen, utiliter, die Klage nach der Absicht des Gesetzes in Fällen, wo zwar durch körperliche Zerstörung x. ein Schaden, aber nicht unmittelbar durch die Handlung des Urhebers geschehen war. Hingegen auf die Fälle, wo ein Schaden ohne alle körperliche Destruction zugefügt war, fand man das Gesetz gar nicht anwendlich, und es blieb dafür nur actio in factum nach der natürlichen Billigkeit übrig (§. 1090). W.

§. 1060. Vom heutigen Gebrauch des Aquilischen Gesetzes.

Bey uns klagt der, welcher ein damnum iniuria datum leidet, blos auf den wahren Werth der Sache und Ersetzung des Interesse. Wir distinguiren also a) die verschiedenen Fälle nicht, wie das Aquilische Gesetz im ersten und dritten Capitel thut. b) Man fordert nicht den höchsten Werth, den die Sache im nächsten Jahr oder Monat, sondern zur Zeit der Corruption hatte. c) Es kommt nichts darauf an, ob der Schade an und mit einer körperlichen Sache geschehen ist, oder nicht, und d) wenn der Beklagte das Verbrechen läugnet, wird er nicht auf das duplum condemnirt. Wenn indessen der Schade dolose, oder auch durch einen hohen Grad von Nachlässigkeit zugefügt ist: so wird der Beklagte ausser der Schadensersetzung in eine Geld- oder Gefängnißstrafe verurtheilt. Diese Strafe ist zuweilen in den Landesgesetzen bestimmt; wo das aber nicht geschehen ist, da hängt sie vom Ermessen des Richters ab. Aus diesem allem folgt, daß, wie Thomasius (*1) ganz richtig erinnert, heutigestags, die wegen eines damni iniuria dati Statt findende Klage nicht auf das Aquilische Gesetz, sondern auf das Deutsche Recht, und auf die natürliche Billigkeit gegründet ist (*2). In soweit also die Verordnungen dieses Gesetzes bloße Vorschriften des Naturrechts sind, gelten sie auch bey uns. Z. E. ein Ver-



wundeter kann Curationskosten und Schadensersetzung wegen Versäumniß und Untauglichkeit fordern; er kann aber auch Schmerzengeld, und eine Weibsperson noch über das Entschädigung für den Verlust ihrer Schönheit verlangen.

(1) *Thomas*. diss. larva legi aquiliae detracta, in collect. diss. vol. 2. num. 60.
(2) Die Klage geht daher auch gegen die Erben. *Pufendorf* tom. 4. obs. 96.

TIT. IV.
DE INIURIIS.

§. 1061. Was sind Injurien?

Das vierte Privatverbrechen ist die Beschimpfung, *iniuriae*. Man versteht darunter nicht jede widerrechtliche Handlung, so wie im vorigen Titel, sondern eine unbefugte Handlung, wodurch man die vollkommenen Rechte eines Andern in Ansehung seines guten Namens, seiner Ehre oder Achtung vorsetzlich verletzt. Also 1) eine unbefugte Handlung; wenn ich eine Handlung unternehme, zu der ich berechtiget bin, so ist es keine Injurie, ob sie gleich den guten Namen eines Andern vermindert. Wenn ich z. B. sage, der Zeuge, welchen mein Gegentheil aufführt, sey ein Dieb, ein Betrüger, so ist es keine Injurie, vorausgesetzt, daß ich mein Angeben beweisen kann. Denn die Gesetze erlauben mir, um die Glaubwürdigkeit des Zeugen zu schwächen, seine Vergehungen anzuführen. 2) Eine Handlung, welche die vollkommnen Rechte des Andern verletzt. Es ist keine Injurie, wenn ich nicht höflich gegen einen bin, denn auf die Höflichkeit hat er kein Zwangsrecht. 3) Man verletzt die Rechte des Andern in Ansehung seines guten Namens, Ehre oder Achtung. Nur diese und keine andere Verletzungen der vollkommenen Rechte heissen Injurien (*1). 4) Man verletzt sie vorsetzlich.

(1) Adolf Dietrich Weber über Injurien und Schmähschriften. Schwerin 1793. und 1794. zwey Theile. Dessen Erklärungen ich in diesem und den folgenden §§. durchaus angenommen habe. Im dritten Theil will der V. die allgemeinen Grundsätze auf besondere Verhältnisse, hauptsächlich auf die Injurien der Schriftsteller, anwenden.

— — —'- incedet per ignes
Suppositos cineri doloso

Dieser dritte Theil ist darauf im Jahr 1800 erschienen, und handelt außer der gedachten Materie, die freylich ihre Bedenklichkeiten hat, da auf der einen Seite die Zügellosigkeit mancher Schriften, auf der andern aber auch die reitzbare Gesinnung vieler Leute, denen mit keiner Freymüthigkeit der Schriftsteller gedient ist, keine Begünstigung verdient; auch noch von den Injurien der Partheyen und Advocaten vor Gericht und in gerichtlichen Verträgen, imgleichen von dem Unterschiede öffentlicher und Privatbeleidigungen der Obrigkeiten. Im Ganzen hat die Schrift wenigstens zu mancher nähern Prüfung der Sache und Berichtigung einzelner Sätze, sowohl in den neuern Lehrbüchern

des peinlichen Rechts, als auch in besondern Abhandlungen Gelegenheit gegeben. Vorzüglich hat man seit der Zeit die Grundsätze des Vernunftrechts in dieser Lehre näher aufzuklären gesucht. Besonders ist auch das vollkommene Recht auf guten Namen ein Gegenstand der Untersuchung geworden. Hiebey ist aber alle Mißdeutung sorgfältig zu vermeiden. Dazu hat freylich Niemand ein Zwangsrecht, daß Andere seine sittlichen Vollkommenheiten kund machen und überhaupt eigentlich gut von ihm urtheilen. Aber geläugnet kann es doch nicht werden, daß diejenigen uns verletzen, mithin uns einen Anspruch auf Genugthuung geben, welche durch Unwahrheiten, durch falsche Nachreden oder verächtliches Betragen unsern guten Ruf bey Andern vorsätzlich vermindern, und daß es also in diesem Betracht allerdings ein vollkommenes Recht, wo nicht auf guten Namen, doch gewiß in Ansehung desselben, wie es im Begriff der Injurie heißt, geben müsse. Man vergleiche übrigens E. Grolmann über Ehre und guten Namen; in dem Magazin für die Philosophie des Rechts I. 1. von Almendingen Grundsätze zu einer neuen Theorie über Verletzungen des guten Namens und der Ehre; in Grolmann's Magaz. für die Philos. und Geschichte des Rechts und der Gesetzgeb. I. 1. und 4. Kleinschrod Grundzüge der Lehre von Injurien, in Dessen und Klein's Archiv des Criminalr. I. 4. 1. C. G. Hübner über Ehre rc. und Injurien. Leipzig 1800. Feuerbach Lehrbuch des Peinl. Rechts §. 308 rc. W.

§. 1062. Sie sind entweder Verbal- oder Realinjurien.

Die Injurie besteht entweder 1) in einer thätlichen Störung der Rechte eines Andern; man stöhrt ihn in seiner persönlichen Freyheit oder Sicherheit, in seinem Eigenthum oder Besitz; oder 2) man giebt nur durch gewisse Zeichen eine Geringschätzung des Andern zu erkennen. Jenes heißt eine Real-, dieses eine symbolische Injurie. Die symbolische wird entweder durch Worte oder andere Zeichen zugefügt. Im ersten Fall ist sie eine Verbalinjurie, im letzten eine symbolische in engerer Bedeutung. Dahin gehören die Schandgemählde, Schandmünzen, Injurien, die man einem durch Gebährden zufügt. Die Verbalinjurie endlich ist entweder eine mündliche oder schriftliche.

§. 1063. Entweder gering oder schwer.

Eine Injurie heißt eine grobe, schwere (*atrox*), wenn die Beleidigung den Grad erreicht, welcher den Gesetzen nach vorausgesetzt wird, damit entweder die Injurienklage überhaupt Statt finde, oder den Beleidiger gewisse besonders harte Folgen treffen: eine geringe (*simplex*), wenn dieß nicht ist (*²). Wenn z. E. ein Freygelassener gegen seinen Patron, ein Kind gegen seine Eltern eine Injurienklage anstellen will, so wird eine schwere Injurie erfordert. Nur wegen grober Injurien kann der Richter von Amtswegen eine Inquisition anstellen; der Schenker die Schenkung wiederrufen, ein Kind von seinen Eltern enterbt werden. Um übrigens zu beurtheilen, ob eine Injurie schwer oder nicht schwer sey, muß man auf die Beschaffenheit der Handlung selbst, auf die

Um-

Umstände, besonders Zeit und Ort, auf das persönliche Verhältniß der Partheyen, und auf die Folgen der Beleidigung Rücksicht nehmen.

(1) Weber am a. O. S. 206. u. fg.

§. 1064. Jede Injurie setzt eine Absicht voraus.

Man kann einem Andern Schaden thun aus Vorsatz, aber auch ohne Vorsatz durch Nachläßigkeit (§. 754.). Zu einer Injurie aber wird schlechterdings Vorsatz, den Andern zu beschimpfen (animus iniuriandi) erfordert. Es giebt also keine Injurien aus Nachläßigkeit, keine unvorsichtige Injurien (culposas iniurias). Der animus iniuriandi ist aber nicht nur alsdann vorhanden, 1) wenn eine Handlung keine andere Absicht haben kann, als den Andern zu kränken, z. E. wenn man Jemand unbefugt einen Dieb, Betrüger, u. dgl. nennt, sondern auch 2) wenn Jemand bey einer unerlaubten Handlung zwar einen andern Hauptzweck hatte, indessen um diesen zu erreichen, vorsetzlich ein Mittel wählte, wovon ihm nicht unbekannt seyn konnte, daß es zur Verachtung oder Kränkung der Ehre eines Andern gereiche. Wenn sich z. E. Jemand bey einem ehrbaren Frauenzimmer unanständige Betastungen erlaubt, so ist es eine Injurie, ob er gleich den Hauptzweck, die directe Absicht, sie zu beschimpfen, nicht hatte (*1).

Wenn also Jemand einer Injurie beschuldigt wird, so kommt es auf drey Fragen an: 1) **war sein Benehmen wirklich ungerecht, und kann es an sich als eine beleidigende Ehrenverletzung angesehen werden?** Wer eine äußerlich gerechte Handlung thut, und nicht über die Grenzen seiner Befugnisse geht, ist kein Injuriant. Z. E. wenn Obrigkeiten, Prediger, Schullehrer rc. sich des Rechts der Züchtigung oder Ermahnung gehörig bedienen, wenn Schriftsteller über Werke des Gelehrten oder Künstlers freymüthig urtheilen, so ist es keine Injurie; denn sie haben nichts ungerechtes gethan, gesetzt auch, daß sie dabey die geheime Absicht zu kränken gehabt hätten.

2) **War der Urheber der Handlung eines bösen Vorsatzes fähig?** Wahnsinnige, Kinder, Höchstbetrunkene können nicht injuriiren; denn sie können den animum iniuriandi nicht haben.

3) **Hat der Beschuldigte die Absicht zu injuriiren wirklich gehabt?** Dieß muß erwiesen werden. Man muß zeigen, daß er eine ungerechte Handlung unternommen habe, welche den vollkommenen Rechten eines Andern in Rücksicht auf Ehre, Achtung und guten Namen zuwiderlief. Sobald dieß dargethan ist, so wird angenommen, daß der Beklagte die Absicht zu injuriiren gehabt habe, oder er muß zeigen, daß andre Umstände bey der Sache eintreten, welche den Vorwurf einer Absicht zu beleidigen entweder ganz heben (*2), oder doch die rechtliche Vermuthung zu seinem Besten lenken.

Eine berühmte Frage ist: ob es eine Injurie sey, wenn die einem vorgeworfenen ehrenrührigen Dinge wahr sind (an veritas convicii excuset)? Weber (*3) entscheidet diese Frage meiner Ueberzeugung nach richtig dahin: die Einrede der Wahrheit schützt allerdings der Regel nach gegen eine Injurienklage. Ausnahmen dieser Regel aber sind: 1) wenn der Beklagte seiner persönlichen Verhältnisse wegen gewisse Dinge gar nicht sagen durfte, z. E. weil sie ihm als Beichtvater, Arzt, Advocat waren anvertraut worden; 2) wenn er sie da nicht vorbringen durfte, wo er sie äußerte, z. E. der Prediger in öffentlichen Vorträgen; 3) wenn er in der Art und Weise gefehlt hat, z. E. Scheltworte gebraucht, Schandgemälde gemacht hat.

(1) Weber am a. O. S. 51.

(2) Hierher gehört der Fall in der L. 15. §. 4. de iniur. si cum servo meo pugnum ducere vellem in proximo te stantem invitus percusserim.

(3) Weber am a. O. S. 171.

§. 1065. Die Injurien sind entweder directe oder indirecte.

Eine Injurie heißt direct, wenn sie mir unmittelbar zugefügt wird; indirect, wenn man Jemand beschimpft, der in meinem Schutz ist (cuius defensio mihi incumbit). Wenn man nemlich meine Kinder, Sklaven, meine Frau, meine Braut beschimpft. In allen diesen Fällen kann ich eine Injurienklage anstellen. Hingegen wenn der Mann beschimpft wird, *so kann* die Frau nicht klagen, außer wenn sie die Injurie mittrifft, z. E. wenn man den Mann einen Hahnrey nennet (*1).

(1) Weber am a. O. S. 191. u. fg.

§. 1066. Verschiedene Arten der Injurienklage.

Wegen erlittener Injurien konnte man klagen anfangs aus den zwölf Tafelgesetzen, nachher aus dem prätorischen Edict, dem Cornelischen Gesetz, und aus den neueren Constitutionen. In Deutschland giebt es auch eine den Römern unbekannte Klage, auf Wiederruf, Abbitte oder Ehrenerklärung, und ein aussergerichtliches Rechtsmittel gegen Injurien, die Retorsion.

§. 1067. Klagen aus den zwölf Tafelgesetzen.

Wenn ich nemlich einen eines Gliedes beraubte, es ihm abhieb, ausschlug, lähmte rc. so mußte ich zur Strafe dasselbe Glied hergeben, ob membrum ruptum talio erat. Hatte ich einem einen Knochen zerbrochen (si os ruperam), so hatte eine Geldstrafe Statt, wie viel, weiß man nicht. Endlich wegen geringerer Real- oder Verbalinjurien mußte der Injuriant dem Beleidigten 25 asses bezahlen.

§. 1068. Von der prätorischen Injurienklage.

In der Folge kamen diese Strafen ab, und der Prätor führte die ästimatorische Injurienklage ein; die poena talionis war zu hart, und die Geldstrafe

von 25 Assen in vielen Fällen zu gelinde. Gellius erzählt: ein gewisser Veratius sey zu seinem Vergnügen auf dem Markt herumgegangen, habe jedem, der ihm mißfallen, eine Maulschelle gegeben, und von einem bey sich habenden Sklaven auf der Stelle 25 Assen auszahlen lassen. Der Prätor führte daher eine zweckmäßigere Klage ein. Diese prätorische oder ästimatorische Injurienklage stellt der Injuriirte an, aber nicht sein Erbe (denn die Klage ist eine von denen, quae vindictam spirant), gegen den Injurianten, er mag nun die Injurie selbst zugefügt; oder sich dabey eines Andern als Werkzeug bedient haben, und zwar auf eine Summe Geldes, die der Kläger ansetzt, und der Richter nach Befinden mäßigt. Eine streitige und practische Frage ist, ob die ästimatorische Klage eine rei persecutoria oder poenalis sey. Billig muß man das letzte behaupten. Denn der Beleidigte bekommt seine verlohrne Ehre nicht wirklich wieder, wenn er Geld nimmt, und eben so wenig kann man dieses Geld als einen Ersatz für den Verlust des guten Namens ansehen (*1).

(1) *Boehmer* de iniustit. et iniquitate action. iniuriar. cap. 3. §. 1. sqq. Ex. ad P. tom. 6. p. 145. sqq. Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmat. 3. Th. 64. Seite.

§. 1069. Vom Cornelischen Gesetz.

Die große Unbändigkeit und Zügellosigkeit, die sich während der bürgerlichen Kriege in Rom eingeschlichen hatte, bewog den Dictator Lucius Cornelius Sulla im Jahr 672. ein neues Gesetz gegen die Injurien zu geben. Er setzte Strafe darauf (*1), wenn Jemand einen Andern schlüge (pulset aut verberet), oder ihm in sein Haus mit Gewalt eindränge, er möge es nun selbsten, oder durch einen Andern thun. *Pulsare* und *verberare* sind übrigens darin verschieden: verberare heißt schlagen, daß es einem Schmerzen verursacht, pulsare Schläge oder Stöße geben, die nur beschimpfen.

(1) Welche Strafe, ist zweifelhaft. Weber über Injurien, 2te Abth. S. 72. rc.

§. 1070. Weitere Gesetze gegen die Injurien.

In den folgenden Zeiten wurde durch Senatusconsulte und Kaiserliche Constitutionen die Zahl der öffentlich strafbaren Injurien vermehrt. Es wurde z. E. dahin gerechnet, wenn Jemand eine Schmähschrift (libellum famosum) machte, eine obrigkeitliche Person bey der Ausübung ihres Amtes, einen Geistlichen bey dem Gottesdienst injuriirte. Die neuesten Römischen Gesetze erlaubten endlich überhaupt, daß man wegen jeder Injurie auf eine öffentliche Strafe klagen durfte (*1).

(1) §. 10. I. h. t. Weber am a. O. S. 74. rc.

§. 1071. Auf Privat- und öffentliche Strafe zugleich kann nicht geklagt werden.

Anfangs war es zweifelhaft, ob bey gröbern Injurien, auf welche die Gesetze eine öffentliche Strafe dictirt hatten, noch eine Civilklage auf Privat-

strafe Statt finde. Durch Kaiserliche Verordnungen wurde entschieden, daß die Civilklage Statt finden solle. Nur auf beydes zugleich, öffentliche und Privatstrafe, konnte man nicht klagen, und wenn dem Injurianten die eine Strafe zuerkannt worden war, so wurde er eben dadurch von der andern befreyet. Von Amtswegen, ohne daß der Injuriant klagte, konnte der Richter der Regel nach weder auf eine Privatgenugthuung, noch auf die öffentliche Strafe erkennen (*1). Ich sage der Regel nach. Eine Ausnahme hat Statt, wenn es das Wohl des Staates erfordert, daß eine Injurie nicht ungestraft bliebe. Dahin gehört z. B. der Fall in der angeführten L. 10. C. de episc. et cler. wenn Jemand einen Geistlichen während des Gottesdienstes injuriiret, denn dem Staate ist daran gelegen, Irreligiosität zu verhüten, und eben daher muß man darauf sehen, daß den Dienern der Religion die gebührende Achtung erzeigt werde.

(1) Weber am a. O. S. 78.

§. 1072. Vom heutigen Gebrauch.

Die bisher vorgetragenen Klagen, die ästimatorische nemlich, und die auf öffentliche Strafe finden auch in Deutschland Statt. Wir haben aber auch noch eine Injurienklage, von welcher das Römische Recht nichts weiß, die Klage auf **Wiederruf, Abbitte oder Ehrenerklärung.** Von dieser Klage wäre noch viel zu sagen. Ich übergehe es aber, da es eigentlich für die Institutionen nicht gehöret. Das muß ich hingegen bemerken, daß auch bey uns der Richter der Regel nach nicht befugt ist *ex officio*, ohne daß der Beleidigte klagt, zu verfahren und den Injurianten zu strafen (*3).

(1) Vom Ursprung dieser Klage, s. Weber am a. O. 2te Abth. S. 11. rc.
(2) Auch Weber am a. O. desgleichen S 112. rc. hat davon ausführlich gehandelt.
(3) Weber am a. O. S. 80. denn die Injurien sind auch bey uns ein bloßes Privatverbrechen (§. 1014.)

§. 1073. Von der Retorsion.

Oben (§. 1066.) wurde gesagt: in Deutschland gebe es noch ein Rechtsmittel gegen die Injurien, das die **Retorsion** heiße. Diese Retorsion besteht darin, daß man eine Verbalinjurie sogleich zurück giebt. Jemand heißt den Anderen z. E. einen Schurken, dieser antwortet: das magst du wohl selbst seyn. Sie hat also nur bey Verbalinjurien Statt; man muß dieselbe Injurie, keine andere zurückgeben, und muß es auf der Stelle thun. Wenn mir eine Realinjurie zugefügt wird, und ich den Injurianten wieder injuriire; oder wenn ich andere Schimpfreden ausstoße, oder erst nach Verfließung einiger Zeit dieselben Injurien zurückgebe: so ist es keine erlaubte Retorsion. Da das Römische Recht von diesem sogenannten Rechtsmittel gegen die Injurien nichts weiß, sondern da es bloß, wie man sagt, durch den Gerichtsbrauch eingeführt

ist, so ist kein Wunder, daß die Juristen weder über den
noch die Erfordernisse und Wirkungen der Retorsion ein

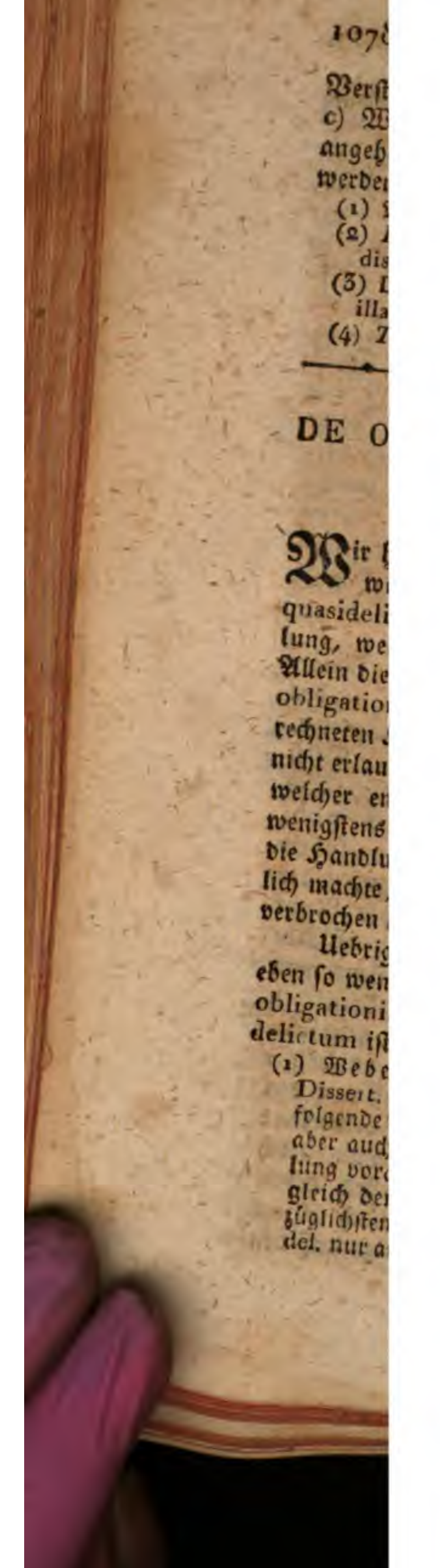
(1) Wer über die Retorsion der Injurien noch weiter n
wöhnlich die Criminalisten darüber sagen, näher prü
auf Weber am a O. II. 49. ꝛc. verweisen.

§. 1074. Von Schmähschriften.

Eine schriftliche Injurie, welche der Urheber öff
verbreiten läßt, heißt ein Pasquill. Wenn die schriftli
heit darin besteht, daß man einem ein infamirendes Ve
heißt sie eine Schmähschrift, *libellus famosus*. Von
V. am a. O. „daß der, welcher jemand durch Schmäl
Libell famos genannt, die er ausbreitet, und sich nac
mit seinem rechten Tauf- und Zunamen nicht unterschreil
geworfene Verbrechen falsch ist, mit der Strafe belegt
auf dem vorgeworfenen Verbrechen steht. Allein in der
der Staupenschlag zur Strafe dictirt. Ist das Verbrech
willkührliche Strafe Statt, und diese wird dann selten
Geld- oder Gefängnißstrafe seyn.

§. 1075. Wie die Injurienklagen exspiri

Die Injurienklagen exspiriren, 1) wenn man retorq
sion ist eine Art von Selbsthülfe: durch Selbsthülfe abe
Rechtes auf richterlichen Beystand verlustig. 2) Durc
Nemlich die prätorische Injurienklage dauert nur Ein Jah
ist ausgemacht. Allein wie lang dauert die Civilklage aus d
setze, und wie lang die Klage, welche auf eine öffentliche S
Insgemein heißt es, jene dauere 30, diese 20 Jahre. T
Rechtsgelehrte (*1) aber behauptet mit wichtigen Gründe
L. 5. C. de iniur. (IX. 35.) keine Injurienklage nach der
länger als Ein Jahr dauere, und daß man auch der Klage
bitte oder Ehrenerklärung keine längere Dauer gestatten kö
dem Injurianten die Beleidigung vergiebt, welches ent
oder stillschweigend, durch freundschaftlichen Umgang
4) Wenn einer von beyden, der Injuriant oder Injuriat,
station stirbt. Denn geschieht es erst nachher, so kann t
Erben und gegen die Erben fortgesetzt werden. Doch ist
a) die Klage, welche auf Revocation der Verbalinjurien g
der richtigern Meynung, nach dem Tode des Injuriirte
angestellt werden (*2); und b) in dem Fall, wo Jema
Tode injurirt wird, z. E. wenn der Prediger in der Lei



Verſt
c) W
angeh
werden
(1)
(2)
dis
(3)
illa
(4)

DE O

Wir h
w
quasideli
lung, we
Allein die
obligation
rechneten
nicht erlau
welcher en
wenigſtens
die Handlu
lich machte,
verbrochen
Uebrig
eben ſo wen
obligationi
delictum iſt
(1) Webe
Dissert.
folgende
aber auch
lung vor
gleich den
züglichſten
del. nur a

wird die Sache überhaupt so erklärt: Quasi delicta sunt facta adversus legem, quae ratione eius qui inde tenetur, *delicta privata* non sunt, ex quibus aliquis perinde obligatur, ac si delictum privatum ipse admisisset. Das Ganze ist allerdings mit vielem Scharfsinne ausgeführt. W.

§. 1077. Von dem Richter, der übel urtheilt.

Der erste, welcher quasi ex delicto verbunden ist, ist ein übel urtheilender Richter, *iudex litem suam faciens*. Wenn ein Richter ein den Gesetzen oder dem Factum nicht anpassendes Urtheil spricht, so sagen die Römischen Juristen, litem facit suam, er macht den Proceß, der vorher unter andern Personen geführt wurde, zu seinem eigenen; das heißt kurz: er selbst kann nun belangt werden. Spricht er das ungerechte Urtheil wissentlich oder aus grober Nachlässigkeit (culpa lata), so begeht er ein wirkliches Delict; thut er es aber aus einer geringern Nachlässigkeit (*1), so ist er quasi ex delicto verbunden; er muß der Parthey, gegen die er gesprochen hat, nicht nur allen Schaden ersetzen, sondern die Strafe ist auch im ersten Falle, Cassation und Ehrlosigkeit, im zweyten eine vom Ermessen des Oberrichters abhangende Geldstrafe. Die Klage, welche gegen einen solchen Richter angestellt wird, heißt bey den Römischen Juristen *actio in factum*, heutigestags *actio male iudicati*, oder *actio ex syndicatu*. Der letzte Name kommt daher: in dem Mittelalter hatten die Städte in Italien obrigkeitliche Personen, welche Syndici hießen. Sie mußten unter andern auf die Richter Achtung geben, und sie zu ihrer Pflicht anhalten. Daher kam es auf, die Klage gegen einen Richter Syndicatsklage zu nennen (*2).

(1) Die Schuld mag nun levis oder levissima seyn. *Pufendorf* tract. de culpa part. 7. cap. 1. §. 3. Weber am O. S. 39. u. f.

(2) Verschiedene Juristen, z. B. *Thomasius* in diss. de usu pract. actionis adversus iudicem imperite iudicantem §. 10. in collect. diss. Tom. 3. num. 105. behaupten, daß die Syndicatsklage heutigestages ganz außer Gebrauch sey, allein ohne Grund. Man s. Strube rechtl. Bed. 2. Th. 479. S.

§. 1078. Vom Herunterwerfen und Schütten.

Die zweyte Handlung, durch die man quasi ex delicto verpflichtet wird, ist das Herunterwerfen oder Schütten aus einem Hause. Wenn aus einem Hause etwas geworfen oder ausgegossen wird, an einen Ort, wo Passage ist (ubi vulgo iter fit), ohne zuvor eine Warnung zu geben, und ich dadurch Schaden leide: so kann ich den Bewohner des Hauses (habitatorem coenaculi), er sey nun Eigenthümer oder Miethsmann, belangen, den Schaden zu ersetzen, und brauche nicht zu beweisen, daß er selbst geworfen oder gegossen habe. Denn er muß auf seine Hausleute Achtung geben, und nicht leiden, daß sie herausschütten oder werfen. Er kann es auch eher, als ich, herausbringen, wer gegossen oder geworfen hat, und seinen Regreß gegen ihn nehmen.

§. 1097. Klage, die daraus entsteht.

Diese Klage stellt also der Beschädigte und seine Erben an, gegen den Eigenthümer, im Fall er selbst im Hause wohnet, oder wenn er das Haus vermiethet hat, gegen den Miethsmann, nicht gegen die Erben (denn sie ist eine Pönalklage); auch nicht gegen einen Gast, das heißt gegen einen, dem der Eigenthümer oder Miethsmann umsonst, aus Freundschaft auf kurze Zeit die Wohnung gegeben hat. Wenn mehrere Personen im Hause wohnen, so bewohnen sie entweder verschiedene Theile, z. E. der Eine das Vorder-, der Andere das Hinterhaus; der eine das untere, der andere das obere Stockwerk; oder sie wohnen durcheinander. Im ersten Fall kann nur der belangt werden, an dessen Theil das Ausgießen oder Werfen geschehen ist; im letzten Fall hingegen müssen sie in solidum haften; jeder kann auf die Schadensersetzung belangt werden. Wenn indessen Einer bezahlt, so sind die Andern frey; welches bey Pönalklagen aus einem wahren Delict nicht geschieht (§. 1017).

Das Gesuch bey dieser Klage ist, 1) daß der Beklagte den zugefügten Schaden, wenn er sich taxiren läßt, z. E. an den Kleidern geschehen ist, doppelt ersetze. 2) Im Fall ein freyer Mensch todt geworfen worden ist, muß der Beklagte 50 aureos an den Kläger bezahlen. Kläger kann in diesem Fall jeder Bürger (quivis ex populo) seyn. 3) Wenn ein Mensch an seinem Leibe beschädigt worden ist, so bittet er, daß ihm die Curationskosten (*sostrum*) und aller übrige Schaden ersetzt werde.

§. 1080. Natur dieser Klagen.

Wenn diese Klage wegen eines todtgeworfenen freyen Menschen angestellt wird, so dauert sie nur Ein Jahr; sie kommt dem Erben nicht zu (nemlich nicht als Erben; als Bürger, als einer ex populo, kann der Erbe klagen); auch kann sie nicht gegen die Erben angestellt werden, weil sie eine Pönalklage ist. Hingegen wenn wegen eines andern Schadens geklagt wird, so dauert die Klage 30 Jahre (perpetua est), und kann von den Erben angestellt werden.

§. 1081. Vom gefährlichen Aufstellen und Aushängen an der Straße.

Der dritte Fall einer Verbindlichkeit quasi ex delicto ist, wenn Jemand an seinem Haus über der öffentlichen Straße etwas aufstellt oder aushängt, z. E. Blumentöpfe, welches leicht herunterfallen, und den Vorübergehenden schaden kann. Es ist also von dem vorhin beschriebenen Vergehen verschieden. Bey jenem wird vorausgesetzt, daß schon wirklich etwas auf die Straße gefallen ist, bey diesem, daß es noch stehet, aber fallen kann.

§. 1082. Klage aus diesem Quasidelict.

Aus diesem Vergehen kann jeder aus dem Volke eine Klage anstellen, gegen den, welcher die Sache ausgestellt oder ausgehängt hat, nicht gegen den Einwohner des Hauses (wie bey dem Vorigen), und zwar auf eine Strafe


von

von 10 aureis, die der Kläger bekommt. Hat ein St
Herrn die Sache ausgestellt, oder ausgehängt, und
werth: so kann ihn der Eigenthümer noxae geben,
Geldstrafe hingeben.

§. 1083. Was ist Rechtens, wenn der Sohn diese H

Wenn ein filius familias bey dem Vater im Haus
letzten bisher vorgetragenen unerlaubten Handlungen be
ter belangt werden. Wohnt hingegen der Sohn in ei
so kann der Vater nicht belangt werden, man muß gege
gen. Wird er condemnirt, und hat ein peculium, so k
rei iudicatae gegen den Vater anstellen, daß er aus d

§. 1084. Vom Quasidelict der Gastwirthe

Wenn ich Sachen in ein Wirthshaus, ein Transp
der an Fremde vermiethet wird, gebracht habe, und S
kann ich gegen den Wirth, den Schiffer, den Eigenthüm
sie ein öffentliches Gewerbe mit der Aufnahme oder
Sachen treiben, 1) *ex vero delicto*, z. E. Diebstahl,
u. s. w. klagen; wenn ich nemlich annehme und beweisen
Schiffer u. s. w. selbst den Schaden gethan habe. 2) P
ich annehme, daß seine Bedienten an dem Schaden schu
geht auf das duplum. 3) Aus dem Miethcontract.
sen, daß der Wirth in culpa levi sey (vergl. §. 889. No
4) Aus dem *facto receptionis* (*1). Der Wirth, welch
spricht mir stillschweigend Sicherheit für meine Sachen.
daran; sie werden gestohlen, oder verdorben: so muß d
Hier nehme ich weiter nichts zum Grunde, als a) ich ha
Wirthshaus gebracht, und b) Schaden daran gelitten.
also nicht darum, ob der Wirth, ob seine Leute, ob Mi
Menschen den Schaden gethan haben; genug er ist gesch
heißt *actio de recepto*, nicht de receptis, wie Einige i
Wirth kann sich nur durch zwey Exceptionen schützen; a
ich selbst in culpa bin, oder b) daß der Schade durch
lichen Zufall verursacht worden ist (*2).

(1) Unrichtig wird von einigen Rechtslehrern hiebey ein
tract angenommen. *Emminghaus* in not. ad *Coccei*
Da doch unstreitig ein wahrer, obgleich stillschweigende
liegt. Man s. *Langsdorf* de pactis et contract. §. 33. H
440. 476. Weber von der natürlichen Verbindlichke
leute zu Land läßt sich die actio de recepto nicht anwen
leichter auf einer weiten Reise etwas von einem Wagen

einem Schiffe. Strube rechtl. Bed. 1. Band, 71. Bed. — — Ueberhaupt ist das Prätorische Edict seiner Strenge wegen, und da es die Verantwortlichkeit der Wirthe rc. viel weiter ausdehnt als es sonst die Regel des Rechts nach dem vorkommenden Geschäfte mit sich bringt, nicht auf andere Arten des Gewerbes, als diejenigen, welche dort genannt sind, auszudehnen. Man s. auch C. G. von Zangen über d. Frage: was für eine Klage wider einen Fuhrmann Statt finde, welchem die zum Transport und Ablieferung bedungenen Sachen weggekommen? Gießen 1798. Der Fuhrmann ist nach den Regeln des Miethscontractes zu beurtheilen, und von aller Verantwortung frey, wenn der Schade oder Verlust erweislich weder vorsetzlich, noch culpa levi von ihm veranlaßt worden ist. Bey den öffentlichen Posten treten indeß andere Verhältnisse ein. Runde Grundsätze des Deutschen Privatrechts §. 13. Danz im Handbuche ebendas. Den dort für die Verbindlichkeit der Posten angeführten Gründen kommt noch besonders hinzu, daß es sich sonst nicht würde rechtfertigen lassen, wenn sogar einige Gesetze den Staatsbürgern den Gebrauch der Posten beym Wegsenden der Briefe oder Sachen statt anderer Arten der Fortbringung zur Pflicht machen. W.

(2) Z. E. Leyser, Sp. 66. med. 1. 2. G. Müller ad Leyser obs. 196.

(3) Eigentlich kommt es dem Wirth rc. noch nicht zu statten, wenn er auch zeigen kann, daß er selbst bey der Sache außer Schuld, folglich in diesem Betrachte casus fortuitus vorhanden sey. Nur der Beweis einer vis maior und solcher Ueberwältigungen, denen zu widerstehen physisch nicht in seiner Macht war, kann ihn befreyen. L. 3. §. 1. D. nautae, caupones etc. W. — Diese Klage ist auch heutigestages nicht abgeschafft. Pufendorf tom. 4. obs. 150. Strube rechtl. Bed. 5. B. 84. S. Car. Christoph. Aug. Vlick diss. de indole actionis de recepto, Viteb. 1787. Weber v. d. Anwendung des Röm. Rechts rc. in d. Vers. üb. d. Civilrecht. I. 18.

§. 1085. Von unzeitigem Mitleid und Nachsicht.

Ein fünfter Fall, wo ich quasi ex delicto verbunden bin, ist, wenn ich einem durch unzeitiges Mitleid schade. Der specielle Fall in L. 7. pr. D. depositi, ist: man hat mir einen Sklaven in Verwahrung gegeben, den man foltern will, ich lasse ihn aus Mitleid entlaufen. Ein sechster ist, wenn ich durch Nachsicht strafbare Handlungen veranlasse, wenn ich ein Verbrechen hätte verhüten sollen und können, und es nicht verhütet habe; z. E. wenn die Obrigkeit Verbrechen der Unterthanen, Eltern Verbrechen der Kinder nicht hindern, die sie doch zu hindern im Stand waren. Auch hier hat actio in factum Statt (1).

(1) L. 45. pr. D. ad leg. Aquil. Püttmann diss. de crimine conniventiae, Lips. 1781. — Von einer Verbindlichkeit quasi ex delicto ist aber in beyden Gesetzen die Rede nicht. Vergl. auch §. 1076. W.

§. 1086. Heutiger Gebrauch.

Die bisherigen Sätze gelten auch in Deutschland, doch mit folgenden Einschränkungen. 1) An manchen Orten ist das Ausgießen und Werfen auf die Straße völlig verboten, und daher auch strafbar, wenn gleich keine Warnung vorhergegangen ist. 2) Wer Schaden dadurch leidet, kann nur auf den ein-

fachen Ersatz klagen, weil alle actiones in duplum bey uns wegfallen. 3) Die actiones populares auf 50 oder 10 aureos haben in Deutschland auch nicht Statt. Wirft Jemand aus Versehen einen Menschen todt, so bestraft ihn die Obrigkeit mit Geld- oder Gefängnißstrafe.

Hier am Schlusse des Sachenrechtes ist zur Wiederholung die zweyte Tabelle nachzulesen.

TIT. VI.

DE ACTIONIBUS.

§. 1087. Zusammenhang dieses Titels mit den vorhergehenden.

Das Recht hat dreyerley Gegenstände: Personen, Sachen und Actionen (§. 60.). Das Personenrecht und Sachenrecht ist nun abgehandelt, und wir gehen zu den Actionen über.

1088. Was ist actio?

Actio, Klage ist ein gerichtliches Zwangsmittel, dessen ich mich gegen einen bediene, an den ich Ansprüche habe, und der mir diese Ansprüche nicht zugesteht. Dieses Mittel besteht darin, daß ich mein Recht dem Richter vorstelle, und ihn bitte den Gegentheil zu verurtheilen, und ihn anzuhalten, mir zu leisten, was er schuldig ist. Wer ausser dem Staat lebt und Unrecht leidet, kann Gewalt gegen den Beleidiger brauchen, Krieg gegen ihn anfangen. Im Staat aber ist dieß nicht erlaubt. Wer Ansprüche an einen Andern hat, muß sie dem Richter vortragen, er muß klagen, eine Klage anstellen.

Zuweilen bedeutet das Wort actio auch das Recht zu klagen. Man sagt z. E. häufig, habeo actionem, competit mihi actio, praetor dat actionem, actio durat 30 annos, actio exspirat. In allen diesen Redensarten bedeutet actio soviel als *ius* agendi, das Recht, meine Sache bey dem Richter vorzustellen, und in diesem Sinne nimmt Justinian pr. I. h. t. das Wort, wenn er sagt: actio nihil aliud est, quam ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur (*1).

(1) *Vinn.* ad pr. I. h. t. bemerkt, daß das Wort actio vier Bedeutungen hat, deren eine immer weiter ist, mehr begreift, als die andere. Den Unterschied zwischen Klage und Exception, zeigt Weber in seinen Beyträgen zur Lehre von Klagen, 1. 1.

§. 1089. Erste Eintheilung der Klagen, von ihrem Zweck hergenommen.

Sieht man auf den Zweck der Klagen, so sind sie entweder petitorische oder possessorische. Wenn ich nemlich auf ein Recht selbst klage, so heißt die Klage petitorisch, klage ich hingegen nur auf den Besitz, so heißt sie possessorisch. Z. E. wenn über die Jagdgerechtigkeit in einem gewissen District Streit entsteht; ich klage, behaupte, daß mir diese Gerechtigkeit zustehe, und bitte,

sie mir zuzusprechen; so ist es eine petitorische Klage. Behaupte ich hingegen nur, daß ich bisher im Besitz der Jagdgerechtigkeit gewesen sey, und bitte den Richter, mich in diesem Besitz zu schützen, oder mich wieder hinein zu setzen: so ist es actio possessoria.

§. 1090 Die zweyte Eintheilung, vom Namen.

Die Klagen sind entweder **benannte** oder **unbenannte**, die unbenannten entweder *actiones in factum*, oder *praescriptis verbis*, oder *condictiones ex lege*. Nemlich eine Klage ist entweder von einem Gesetz ausdrücklich ertheilt, oder von den Rechtsgelehrten erfunden. Wenn sie vom Gesetz ertheilt ist, so hat sie entweder ihren eigenen Namen, oder nicht. Hat sie keinen eigenen Namen: so heißt sie condictio ex lege. Zuweilen wurde durch neue Gesetze ein Recht zu klagen ertheilt, wo vorher keines Statt fand, ohne daß in dem Gesetz die Art der Klage bestimmt war, und ohne daß man diese Klage als Gattung einer schon eingeführten und benannten Art von Klagen ansehen konnte. Jetzt nannte man sie condictionem ex lege, nemlich illa lege, qua introducta erat actio (*1). Z. E. L. 35. §. ult. C. de donat. (VIII. 54.) giebt eine Klage aus der Schenkung, wenn diese gleich mit gemeinen Worten (nudis *verbis*) geschehen ist. Man stellt daher aus der Schenkung condictionem ex *L. 35.* §. ult. C. donat. an. (§. 409. 414.) L. 10. C. de revoc. donat. (VIII. 56.) erlaubt, eine Schenkung wegen der Undankbarkeit des donatarii *zu revociren*. Die Klage, die man zu dem Ende anstellt, heißt deswegen condictio ex lege 10. C. de revocat. donat.

Wenn die Rechtsgelehrten eine Klage eingeführt haben, so liegt sie entweder verhüllt (implicite) in einem Gesetz, so daß die Juristen die ausdrücklich von diesem Gesetz ertheilte Klage nur auf einen andern Fall ausgedehnt, und den Namen der Klage beybehalten haben; oder die Rechtsgelehrten haben die Klage blos aus der Billigkeit hergeleitet. Im ersten Fall heißt sie *actio utilis*, im zweyten *actio in factum* (*2). Z. E. die Gesetze gestatteten ausdrücklich dem Pupillen eine Klage gegen den Vormund, welche actio tutelae hieß. Die Rechtsgelehrten behaupten mit Grund, daß diese Gesetze implicite auch dem Minderjährigen eine Klage gegen den Curator ertheilten, und nannten diese Klage actionem tutelae utilem.

Die actiones in factum sind entweder *praescriptis verbis*, oder in factum, **in strengem Verstande.** Eine Klage, die aus einem unbenannten Contract entsteht, heißt actio praescriptis verbis; entspringt sie hingegen aus einer andern Quelle, so heißt sie in factum stricte. Z. E. wenn aus dem Tauschcontract geklagt wird, so ist es eine actio in factum praescriptis verbis; klage ich aber aus einem Quasidelict (§. 1077. §. 1079. §. 1082. §. 1084.), so heißt die Klage actio in factum sensu stricto (*3).

(1) Paullus sagt in der L. un. D. de condict. ex lege: si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est. *Westenberg* de causis obligationum diss. 4. hat dieses weitläuftig und sehr gut ausgeführt.

(2) Woher aber diese Namen? Von dem Namen actio utilis, s. *Heineccii* hist. iur. lib. 1. §. 50. von dem andern, actio in factum handeln *Meister* diss. de in factum actionibus §. 19. in opusc. Tom. 1. p. 366. *Hommel* rhapsod. Vol. 4. obs. 537. Von der actione praescriptis verbis s. oben §. 801.

(3) *Schulting* thes. controv. dec. 75. th. 10. verdient über diese Klagen nachgelesen zu werden.

§. 1091. Dritte Eintheilung von dem entfernten Fundament.

Sieht man auf das entfernte Fundament der Klagen — ius obiective, s. pro lege sumtum — so entstehen sie entweder aus dem Civilrechte (§. 30. Note 2.), oder aus dem Edict der Magistratspersonen (ius honorarium), vorzüglich des Prätors. Jene heißen civiles, diese meistens praetoriae (*[1]). Z. E. die actio mutui, commodati, emti, venditi u. s. w. sind actiones civiles, denn sie entstehen aus bürgerlichen Gesetzen. Hingegen die actio hypothecaria, de constituta pecunia etc. heißen prätorische, weil sie vom Prätor erfunden sind. Die Civilklagen sind entweder *directae* oder *utiles*. Directa actio heißt, wie ich schon oben (§. 55.) erinnert habe, diejenige, welche sich in den ausdrücklichen Worten der Gesetze gründet; utilis, welche aus dem Gesetz durch eine Folgerung hergeleitet ist, sich auf die Raison des Gesetzes gründet (§. 1090.) (*[2]).

Doch haben die Wörter actio directa und utilis zuweilen auch eine andere, ganz verschiedene Bedeutung. Nemlich, wenn ich einem ein Recht abgetreten habe, ihm Vollmacht gebe, in meinem Namen es einzuklagen, und er es nun als mein Procurator wirklich einklagt, so sagt man: directe agit, actione directa experitur. Wenn ich hingegen einem das Recht überlassen habe, und er ohne Vollmacht von mir in eigenem Namen daraus klagt: so heißt die Klage actio utilis. Z. E. wenn mir Jemand eine Erbschaft abgekauft hat, so bin ich schuldig, ihm Vollmacht zu Eintreibung der ausstehenden Erbschulden zu ertheilen (ad cedendas actiones). Erhält er diese Vollmacht, so kann er directe gegen die Schuldner klagen; hat er keine, so stellt er actionem utilem gegen die Schuldner an (*[3]).

(1) Auch giebt es actiones *aedilitias*, die aus dem Edict des Aedilis (§. 51.) entstehen. Dahin gehört die actio redhibitoria und quanti minoris (§. 734).

(2) *Zoller* (*Fridr. Gottl.*) diss. de actionibus utilibus, Lips. 1745. behauptet, das Wort actio utilis sey bey den Alten kein technischer Ausdruck, der eine eigne Art von Klagen bedeute; actio utilis est, heiße so viel, als, die Klage hat Statt, oder wie er S. 14 sagt: utilis actio in sensu mere grammatico pro actione efficaci est accipienda. Erit igitur notio τὸ utilis potius praedicatum actionis,

quam species, certae actioni, quae directa vocatur, opposita. Ich habe nicht leicht einen grundlosern Einfall gefunden.

(3) Zuerst setzte Antoninus Pius durch ein Rescript fest, daß der Käufer einer Erbschaft actiones utiles sollte anstellen können. L. 16. D. de pact. Dieß wurde nach und nach auf alle andere, welchen ich ein Recht abtrete, ausgedehnt. *Schulting* thes. controv. dec. 66. th. 1. Vergl. übrigens §. 992. — Noch wird actio directa in einer andern Bedeutung der contraria entgegengesetzt. (§. 750.)

§. 1092. Vierte Eintheilung vom nächsten Fundament.

Das nächste Fundament einer Klage — ius subiective s. pro facultate sumtum (§. 18.) — ist entweder ius personarum oder ius rerum (s. die 67 Tabelle). Klagen, welche aus dem Personenrecht entstehen, heißen actiones *praeiudiciales*. Die aus dem Sachenrecht entspringenden werden von Einigen *principales* genannt, und gründen sich entweder auf ein dingliches (ius in re) oder auf ein persönliches Recht (ius ad rem). Jene heißen actiones *reales*, oder *vindicationes* sensu generali; auch *petitiones*; diese actiones *personales*, oder *condictiones* sensu generali (§. 1030.); oder auch *actiones sensu strictissimo* (*1).

Die Ursache, warum die aus dem Personenrecht entstehenden Klagen actiones praeiudiciales heißen, liegt darin, weil sie angestellt werden, *praeiudicii* aliis rebus faciendi causa, damit durch ihre Entscheidung zugleich viele andere davon abhangende Fragen entschieden werden sollen, und *zwar* auch in Ansehung eines Dritten, welcher an dem Proceß keinen Theil genommen hat (*2). Z. E. von der actione de filiatione, wo die Rede davon ist, ob ich ein Sohn des Andern bin, hängen die Fragen ab: ob er mich zu alimentiren schuldig sey; ob er die Rechte der väterlichen Gewalt über mich habe; ob er mich zum Erben ernennen müsse und ich ihn; ob er mich ab intestato erbe und ich ihn ꝛc. Bin ich für den Sohn des Andern erkannt, so habe ich auch die Rechte der Verwandtschaft in Ansehung seiner Anverwandten, obgleich diese an dem Proceß keinen Theil nahmen (*).

Giebt es aber auch vermischte Klagen (*actiones mixtas*), in Ansehung des Klagegrundes, d. i. solche, die zugleich in dem dinglichen und persönlichen Rechte (iure in re et ad rem) ihren Grund haben? — Von einer andern Beziehung dieses Ausdrucks ist §. 1119. die Rede. — Viele Juristen läugnen es (*3). Andere (*4) vertheidigen die vermischten Klagen, vorzüglich vermöge §. 20. I. h. t. und L. 7. C. de petit. heredit. (IV. 31.). Der ganze Streit hat nicht den allermindesten practischen Nutzen. Wahr ist, daß die classischen Juristen und Justinian die Klagen eigentlich nur in Real- und Personalklagen eintheilen. Indessen giebt es doch einige Klagen, bey welchen sich der Kläger zugleich auf ein dingliches und persönliches Recht gründet, und warum sollte man diese nicht actiones mixtas nennen dürfen? Von dieser Art sind

die hereditatis petitio, actio finium regundorum, familiae herciscundae und communi dividundo. Bey der hereditatis petitione (§. 705.) gründet sich der Kläger auf das Erbrecht, also auf ein ius in re. Er klagt aber auch oft aus dem facto administrationis, verlangt, daß der Besitzer der Erbschaft Rechnung ablege; und in dieser Rücksicht ist seine Klage personal. Wer actionem familiae herciscundae anstellt (§. 708.), verlangt, daß eine bisher ungetheilte Erbschaft vertheilt werde. Er gründet sich auf ein dingliches Recht, ius cohereditarium, verlangt aber zugleich Rechnungsablage, oder auch zuweilen Erstattung seiner Auslagen; dieß sind Personalforderungen. In der actione communi dividundo gründet sich der Kläger auf sein Miteigenthum, macht aber auch Personalforderungen, will Rechnung abgelegt, Schaden erstattet haben (§. 949.). Endlich bey der actione finium regundorum vindicire ich meinen Acker, klage also aus einem ius in re, verlange aber zugleich das Interesse vom Andern, wenn er seinen Acker zuweit ausgedehnt hat; klage also auch aus einem Factum, aus einer Verbindlichkeit. Bey der hereditatis petitione ist freylich das Erbrecht die Hauptsache, sie ist also mehr real als personal (accedit propius ad actiones reales); hingegen bey der actione familiae herciscundae wird das Erbrecht als ausgemacht vorausgesetzt, die Hauptsache sind praestationes personales. Diese Klage ist folglich mehr personell als reell (accedit propius ad personales). Indessen hindert dieß nicht, jene sowohl, als diese, eine vermischte Klage zu nennen.

(1) L. 28. D. de oblig. et act. L. 178. §. 2. D. de verb. signif. — Vergl. auch *Iac. Gothofred* ad L. 1. C. Th. de renunciat. vel edit. rescr. (II. 4.) W.

(2) *Vinn.* ad §. 14. h. t. n. 1.

(*) L. 1. §. 16. L. 2. D. de agnosc. et al. lib. Schmidt von Klagen und Einreden §. 234. Präjudicialklagen sind aber eigentlich diejenigen, wodurch die Frage: ob Jemanden ein gewisser Zustand wirklich zukomme? zur Entscheidung des Richters aufgestellt wird. Sie sind mit andern Klagen, welche sich zwar auch auf den persönlichen Zustand beziehen, diesen selbst aber eigentlich nicht verfolgen oder bestreiten, nicht zu vermischen. Schmidt l. c. §. 218. rc. W.

(3) *Ant. Faber* coniect. Lib. 20. cap. 10. *Donell.* comment. Lib. 21. cap. 1. *Vulteius*, *Harppreeht*, *Giphanius* ad §. 1. I. h. t. *Hunn.* in resolut. Lib. 4. part. 2. Qu. 6. *Zoller* observat. singular. (Lips. mens. Iul. 1775.) §. 4. *Huber* ad Instit. h. t. §. 22.

(4) *Bachov.* de act. disp. 2. §. 7. *Gott. Boettiger* diss. de act. mixtis (Erf. 1679.) sect. 1. §. 5. sqq. *Heinecc.* ad *Vinn.* §. 1. h. t. n. 7. pag. 788. *Voet.* comment. ad Dig. V. 3. 1.

§. 1093. Verzeichniß der Präjudicialklagen.

Die vornehmsten Präjudicialklagen haben wir oben kennen gelernt. Sie sind actio de libertate et ingenuitate (§. 84.), actio de filiatione et patria potestate (§. 106.), und de statu coniugali (§. 3[illegible]). Wer die Präjudicial-

klagen vollständig kennen lernen will, kann sie bey den Schriftstellern, die von den Klagen eigene Abhandlungen geschrieben haben, z. E. bey Schmidt (*1) finden (*2).

(1) Practisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 218. u. f. f.

(2) Nicht nur die drey bürgerlichen Zustände, status libertatis, civitatis und familiae, sondern auch andere Zustände, geben zu Präjudicialklagen Anlaß. Es kann z. E. darüber gestritten werden, ob Jemand von Adel sey, ob er seine bürgerliche Ehre habe, u. s. w. Glück Pandecten, 3. Band, 543. Seite.

§. 1094. Von den Realklagen.

Die Realklagen entstehen aus dem dinglichen Recht; dieses ist entweder Eigenthum, oder Erbrecht, oder Dienstbarkeit, oder Pfandrecht. Daher 1) giebt es auch vier Arten von Realklagen, die sich theils in den Civilgesetzen, theils in dem prätorischen Edict gründen. Z. E. in den Civilgesetzen gründet sich rei vindicatio, hereditatis petitio civilis, actio confessoria und negatoria; in dem prätorischen Edict: actio Publiciana, possessoria hereditatis petitio, actio hypothecaria.

§. 1095. Natur dieser Klagen.

Das dingliche Recht haftet unmittelbar auf der Sache, ohne Rücksicht auf den Besitzer. Daher kann 2) eine Realklage, der Regel nach, gegen jeden Besitzer angestellt werden (*1). Daß übrigens auch derjenige als Besitzer angesehen wird und belangt werden kann, der dolo aufgehört hat zu besitzen, haben wir schon oben gehört (§. 282.). 3) Wenn ich im Besitz einer Sache bin: so stelle ich der Regel nach keine Realklage an. Denn was soll ich dabey bitten? Daß mir die Sache herausgegeben werde? Dieß wäre ungereimt, da ich im Besitz bin. Daß mir die Sache zu- und dem Beklagten aberkannt werde? Das könnte mir nichts helfen; denn wenn auch der Richter spräche, die Sache gehöre nicht dem Beklagten, sondern nur dem Kläger, so würde sie dadurch nicht mein, und ein Dritter könnte sie immer noch in Anspruch nehmen. Allein, könnte man einwenden, wenn sich nun der Andere ein Recht, z. B. Eigenthum auf meine Sache anmaßt, und darüber ohne meinen Willen verfügt; ist dann hier eine Realklage nicht nützlich, um dem Andern seine Anmaßungen zu wehren? Ich antworte: diesen Zweck kann ich gewöhnlich leichter erreichen, wenn ich ein Interdict, ein possessorisches Rechtsmittel anstelle, oder ihn auch zur gerichtlichen Klage auffordere.

Also die Regel ist: der Besitzer stellt keine Realklage an. Eine berühmte Ausnahme aber hat dieser Satz. Justinian sagt §. 2. I. h. t. ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget, rem actoris esse (*2). *Sane uno casu, qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet,* sicut in latioribus digestorum libris opportunius adparebit. Ueber diese Worte ist ein



ein großer Streit entstanden. Man streitet nemlich, ob man nicht lesen müsse: sane *non* uno casu etc. und wenn die gemeine Lesart beybehalten wird, welches der unus casus sey (*3). Ich halte dafür, daß der unus casus alsdann vorhanden ist, wenn ich im Besitz einer Sache bin, in diesem Besitz gestöhrt werde, und ob ich gleich das interdictum uti possidetis anstellen könnte, doch lieber zur Vindication greife, weil der Beweis meines Besitzes Schwierigkeiten hat. Daß einer, der im Besitz ist, die Reivindication anstellen kann, erhellet aus der unten angeführten Stelle (*4). Man denke sich den Fall, daß ich einen Wald besitze; daß ein Anderer sich das Eigenthum davon, und das Recht, darin Holz zu fällen, anmaßet; daß ich also klage, und bitte, den Wald für mein Eigenthum zu erklären, und dem Beklagten das Holzfällen zu untersagen.

4) Das Wort *dare* heißt im juristischen Sprachgebrauch so viel, als eine Sache einem dergestalt in seinen Besitz geben, daß sie sein werde (§. 878. (1) §. 1030.). Daher kann der Eigenthümer keine Klage anstellen, mit der Bitte: *ut res sibi detur*, oder wie Justinian §. 14. h. t. sagt, die Formel: *si paret eum dari oportere*, findet hier nicht Statt. Denn eine Sache, die schon mein ist, kann nicht noch einmal mein werden. Da sich dieser Satz blos auf die Römischen Formeln, und auf die juristische Bedeutung des Wortes dare beziehet; so hat er bey uns keine Anwendung (*5).

(1) Die Ausnahmen dieser Regel zeigt *Oelze* in progr. de actione reali, adversus quemcunque possessorem non competente, Ien. 1769. Man s. auch §. 285.

(2) Die Worte per quam neget, rem *actoris* esse, sind dunkel genug, und Einige wollen statt *actoris* gelesen haben *alterius*. *Vinnius* ad h. t. erklärt es so: actoris verbo hic intelligitur is, qui non possidet. Non qui nunc actor sit, sed qui, si hoc casu ageretur, actor esse deberet. Aber wie gezwungen ist dieß!

(3) *Doujat* diss. de uno casu in §. 2. I. de act. apud *Reiz* Theoph. Tom. 2. pag. 1222. *Sigm. Reich. Iauch* diatrib. ad §. 2. h. t. Dresd. 1703 *Otto* in not. ad h. §. *Dorettus* ad §. 2. I. de act. Lignit. 1737. *Heinecc.* ad *Vinn.* ibid. *Sammet.* opusc. p. 62. *Walch* ad *Hopp.* §. 2. h. t. *Matth. Sauling* diss. sub praesid. *Io. Nepom. Endres* de interpretatione verborum in fine § 2. Inst. de act. sane uno casu etc. Wirceb. 1788. §. 20. p. 44. sqq.

(4) L. 12. §. 1. D. de A. vel A. P. Man s. *Cuiac.* obs. lib. 7. cap. 39. *Giphan.* lectur. Altorf. pag. 461. Vormals habe ich angenommen, der unus casus sey: wenn Jemand im Besitz der natürlichen Freyheit von einer Servitut ist, und dennoch die Negatorienklage anstellt. Allein der Context im §. 2. widerspricht dieser Behauptung; denn er zeigt gar zu deutlich, daß Justinian von einer Realklage wegen einer körperlichen Sache redet. Ich habe mich damals auf die Autorität des Theophilus in s. Paraphrase des §. 2. berufen. Diese bestätigt aber, wenn man die Leseart der Manuscripte beybehält, jene Erklärung nicht. *Cocceii* iur. controv. tit. si serv. vind. Qu. 8. bestimmt die Charactere, welche der unus casus haben muß, sehr gut. Er sagt: 1) muß von einer Realklage wegen einer körperlichen Sache die Rede seyn; 2) der Besitzer muß die

Klage anstellen, und 3) zum Fundament nehmen, die Sache gehöre ihm, n dem Gegentheil. Er führt auch einen Fall, auf welchen, seiner Meynung nach, alle diese Charactere passen, aus der L. fin. D. de rei vind. an. A er setzt dabey etwas voraus, welches nicht außer Zweifel ist, daß nemlich wenn ich eine Sache vindiciren will, der Beklagte den Besitz läugnet, ich beweise, daß er wirklich Besitzer sey, und der Beklagte zur Strafe wegen sei Läugnens verurtheilt wird, mir den Besitz abzutreten, ich dennoch mein Eigenthumsrecht beweisen müsse. — Vielmehr genießt jetzt der vorige Kl alle Vortheile des Besitzers, mithin auch diesen, daß sein Gegner den Be eines bessern Rechts übernehmen muß. Man s. *Horn* diss. ad L. fin. D. de vind. — Westphal von den Arten der Sachen §. 920.

(5) *Vinn.* ad §. 14. h. t.

§. 1096. Verzeichniß der Realklagen.

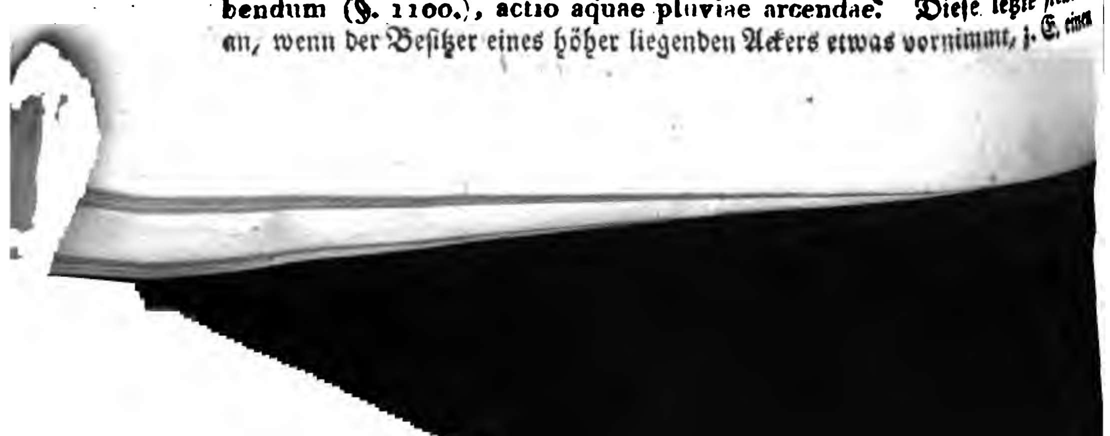
Aus dem Eigenthumsrecht entsteht die *rei vindicatio* und *actio Publiciana* (§. 344. 345.); aus dem Erbrecht *hereditatis petitio* (§. 704. u. s. f.), *querela inofficiosi* (§. 634. u. s. f.); aus dem Servitutsrecht *actio confessoria*, und gegen dessen Anmaßung *actio negatoria* oder *negativa* (§. u. s. f.); aus dem Pfandrecht *actio Serviana* und *quasi Serviana* oder *actio hypothecaria* (§. 722. u. s. f.).

§. 1097. 1098. Von Personalklagen.

Die Personalklagen entstehen aus dem iure ad rem, oder *in personam* (§. 280.). Daraus folgt, 1) daß diese Personalklagen nicht gegen jeden Besitzer angestellt werden können, sondern nur gegen die verpflichtete Person; daß sie alle eine Verbindlichkeit voraussetzen.

Eine wichtige Frage ist, ob jede vollkommene Verbindlichkeit, jede Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung mich einer nach dem Naturrecht zwingen kann, eine Klage hervorbringe; oder ob nur die Verbindlichkeiten diesen Effect haben, welche in den Römischen Gesetzen ausdrücklich bestätigt sind? Die gemeine Meynung ist, daß nur die letztern eine Klage produciren. Weber (hat diese Meynung bestritten. Seine Gründe aber überzeugen mich nicht. Das gebe ich indessen zu, daß in Deutschland aus jeder vollkommenen natürlichen Verbindlichkeit, wenn die bürgerlichen Gesetze nicht ein anders verordnen, eine Klage Statt finde.

Einige Personalklagen haben die besondere Natur, daß sie gegen jeden Besitzer angestellt werden können; sie heißen actiones in rem scriptae. actio in rem scripta ist eine Klage, die ihrer Natur nach zwar nur personal, aber von den Gesetzen gleichwohl so qualificirt ist, daß sie gegen jeden Besitzer angestellt werden kann. Dahin gehört actio Paulliana (§. 1102.), quod metus causa (§. 1006.), actiones noxales (§. 1161.), actio ad exhibendum (§. 1100.), actio aquae pluviae arcendae. Diese letzte stelle ich an, wenn der Besitzer eines höher liegenden Ackers etwas vornimmt, z. E. einen



Damm aufwirft, einen Graben zieht, welches macht, daß das Regenwasser auf mein Feld nicht seinen natürlichen Abfluß hat, sondern mit Gewalt an Einem Ort allein herunterschießt, und mir Schaden thut. Wenn nemlich Felder an dem Abhang eines Berges liegen, so sind die unten liegenden mit der natürlichen Dienstbarkeit (servitute naturaliter constituta) beschwert, daß sie das Wasser, welches von den obern abfließt, aufnehmen müssen. So lang also das Wasser seinen natürlichen Abfluß hat, können sich die Eigenthümer der tiefer liegenden Feldstücke nicht beschweren. Sobald hingegen die Eigenthümer der obern Stücke etwas anlegen, welches den natürlichen Lauf des Regenwassers ändert, und für die untern Felder schädlicher macht, so haben diese ein Recht zu klagen.

(1) Weber Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 41. 45. 46. Sein Hauptargument ist, daß in solchen Fällen, wo eine natürliche Verbindlichkeit vorhanden gewesen, und es an einer Klage gefehlt habe, man immer noch zur actione in factum habe greifen können. Allein daß diese Klage in allen Fällen zugelassen worden ist, wo nach dem Naturrecht eine Zwangsbefugniß eintritt, und eine andere Klage ermangelt, kann i · nicht zugeben. Wie hätte nach dieser Meynung Celsus in dem Fall der L. 32. D. de reb. cred. zweifeln können, ob eine Klage Platz greife? (S. §. 1102.). Nach der gesunden Vernunft hat im Fall der L. 52. D. de condict. indeb. der bonae fidei Besitzer unstreitig ein Recht, die Baukosten zu repetiren, und doch heißt es dort, *nullo modo*, *quam per retentionem*, impensas servare potest. Man s. auch L. 48. D. de rei vind. und L. 14. §. 1. vers. hoc enim casu D. commun. divid. Die Juristen versuchten es freylich, und schlugen in solchen Fällen, wo es die Billigkeit erforderte, und die Rechtsanalogie erlaubte, Klagen vor. Servius respondit, heißt es in der L. 21. pr. D. de negot. gest. aequum esse, Praetorem in eum reddere iudicium. Allein nun kam es darauf an, ob der Prätor dieser Billigkeit wegen die Klage zuließ. That er es, und die Klage wurde einigemal in den Gerichten durchgesetzt, so hatte sie den Gerichtsbrauch, ein ius non scriptum für sich, und nun ließ sich nichts mehr dagegen sagen. Wie aber, wenn der Prätor die Klage verwarf, si non reddebat judicium? Beging er darin eine Ungerechtigkeit, handelte er gegen die Gesetze? Dieß möchte ich nicht behaupten. In der zweyten Ausgabe des angeführten Buches hat der Verfasser seine Sätze näher bestimmt, und selbst bemerkt, daß sich nun seine Meynung mit der meinigen vereinigen lasse. — Die ganze Frage betrifft diejenigen Zwangspflichten, welche im positiven Rechte zwar nicht bestätigt, aber auch in Ansehung ihrer Wirksamkeit nicht eingeschränkt sind. Mit einem Worte: das Civilrecht hat sich weder dafür, noch auch dagegen erklärt (§. 727). Daß in diesem Falle die Zuläßigkeit der Klage selbst dem Römischen Rechte, so wie wir es in Justinians Gesetzsammlung vor uns haben, völlig gemäß sey, ist in dem angeführten Buche näher gezeigt worden. Man sehe unter andern auch L. 2. 3. 4. 11. 14. §. 3. D. de praescript. verb. et in fact. act. Glück's Pandect. Th. 1. §. 26. W.

§. 1099. Eintheilung derselben.

Die Personalklagen gründen sich auf eine Verbindlichkeit. Diese entsteht

entweder aus einem obligatorischen Factum, oder unmittelbar aus der Billigkeit. Daher giebt es zweyerley Personalklagen; einige gründen sich auf ein obligatorisches Factum, und diese heissen *nativae* (quia nascuntur ex facto); andere werden unmittelbar vom Gesetz, der Billigkeit wegen, gegeben, und heissen daher actiones *dativae* (quia dantur a lege).

§. 1100. Von den Dativklagen.

Die actiones dativas giebt meistens der Prätor oder Aedilis, selten ein Civilgesetz. Folgende Klagen gehören in diese Classe: 1) *actio ad exhibendum*. Sie setzt voraus, daß Jemand eine Sache besitzt, daß mir daran gelegen ist, sie zu sehen, weil mir eine solche Sache abhanden gekommen ist, und ich daher wissen möchte, ob er die meinige besitze, und ich ihn folglich mit Grund belangen könne, oder nicht. Wenn ich nun in diesem Fall klage, verlange, daß mir der Besitzer die Sache vorzeige, oder wenn er sich dessen dolose weigert, mir das Interesse prästire: so heißt die Klage actio ad exhibendum (*). 2) Actio in factum de edendo. Die argentarii (§. 852.), welche davon Profession machten, Geld auf Zinsen auszuleihen, und Münzen zu verwechseln, wurden auch bey allen wichtigen Contracten als Makler zugezogen. Sie führten Protocolle, in die sie alles eintrugen, was in ihrem Beyseyn verhandelt wurde. War mir nun daran gelegen, ein solches Protocoll einzusehen, so konnte ich den argentarium auf dessen Vorzeigung actione de edendo belangen (¹). 3) Actio redhibitoria und quanti minoris. Diese sind schon §. 734. erklärt.

(*) Vergl. Schmidt von Klagen u. Einreden §. 1347. Der neuesten Aufl. u. das. Weber in d. Anmerk.

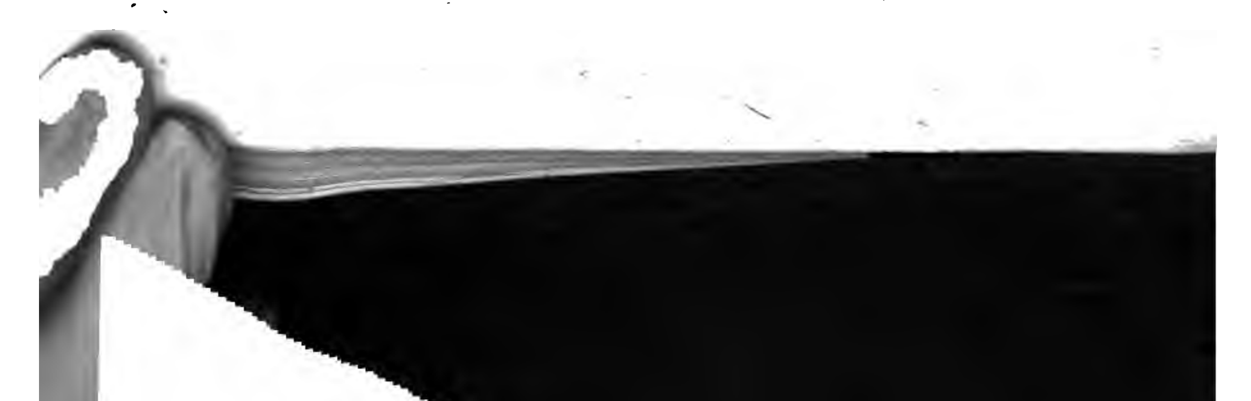
(1) S. *Voorda* interpret. lib. 3. cap. 8. —— Vergl. vorzüglich die §. 852. angef. DD.

§. 1101. Fortsetzung.

Auch 4) die actio quod metus, die actio doli und die Klage, welche aus der restitutione minorum entsteht, die aber keinen recipirten Namen hat (einige nennen sie actionem aetatis), sind actiones dativae, denn sie werden sämmtlich vom Prätor, der Billigkeit wegen, gegeben. Im §. 1006. 1008. und 1009. sind sie erklärt worden.

§. 1102. Fortsetzung.

Aus der Billigkeit entsteht 5) die *condictio sine causa* (§. 957.); und 6) die actio *Paulliana* oder *revocatoria*. Sie setzt voraus, daß ein concursmäßiger Schuldner etwas von seinen Sachen veräussert, z. E. verschenkt, oder um einen Spottpreis verkauft hat. Die Gläubiger stellen also eine Klage an, und fordern die Sache zurück (*¹). Eine Aehnlichkeit mit dieser Klage haben die actiones *Faviana* und *Calvisiana* (§. 1193.). Endlich entsteht aus der Billigkeit die berühmte condictio ex L. 32. D. de reb. cred. welche Stelle die



Alten legem auream, aureis literis scribendam, spe
divinam etc. nennen (*2). Der Fall ist dieser: A. spr
um ein Gelddarlehn an. Ich gebe einem, der mir schu
die verlangte Summe zu bezahlen. Dieser bezahlt sie
daß das Geld auf Ordre des Titius bezahlt worden, daß
dern des Titius Schuldner sey. Hier kann ich die acti
A. nicht anstellen, denn ich habe wirklich nicht mit ihm c
doch das Geld von meinem Schuldner erhalten hat, so
neigt, der offenbaren Billigkeit wegen, mir eine Klage
heißt *condictio ex L. 32. de reb. cred.* oder, wie sie
dictio *Iuventiana* (*2).

(1) Man bemerke noch: a) wenn ein Schuldner, welch
sein Vermögen durch Erlassung der Edictalcitation
Verhängung eines Arrestes ꝛc. schon genommen ist,
die Veräusserung null, wenigstens wird sie in unser
dafür angenommen und es bedarf der Paullianischen
de creditore sibi vigilante, cap. 1. §. 5. sqq. Dabel
1. Band 236. Seite und in der ausführl. Entwickel. di
b) Auch wegen einer von dem Verschuldeten geschehe
Paullianische Klage Statt. Weber von Klagen un
aber, wenn ein Verschuldeter einen seiner Creditore
übrigen Gläubiger fordern, daß die bezahlte Summe
werde? Wenn die Zahlung zu der Zeit geschah, als
Vermögen nicht mehr disponiren konnte, so ist sie ni
muß zurückgegeben werden. Hatte hingegen der Schul
noch die Verwaltung des Seinigen, so bezahlt er ent
welcher vorzüglich auf die Zahlung gedrungen hat (c
einem Andern. Jener ist nicht schuldig, das Geld
aber dieser L. 6. §. 2. de reb. auct. iud. possid. L.
creditor. Strube rechtl. Bed. 1. Band, 248. S.
revocandis tam rebus alienatis quam nummis soluti
concursu, §. 23. pag 63. sqq. *Oelze* l. c. cap. 2.
diss. de iure prioritatis in fraudem aliorum creditorun
§. 15. sqq. vermehrt in opuscul. eiusd. T. III. welche
Gesetzstellen nur auf die besondern Fälle einschränkt,
Dagegen vertheidigt die allgemeine Anwendbarkeit der
D. S. 293. ꝛc. und in der angef. ausführl. Entwickel.

(2) Die Worte sind: Si et me et Titium mutuam pecu
meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipu
eum Titii debitorem esse: an mihi obligaris? Subsis
siquidem nullum negotium mecum contraxisti: sed
te existimem: non quia pecuniam tibi credidi, hoc
tientes fieri non potest; sed quia pecunia mea, qu
mihi a te reddi bonum et aequum est. *Marckart.*
civ. lect. P. 1. pag. 77.

(8) Man s. von dieser Klage auch *Donell.* commentar. ad tit. quod. Digest. (Antwerp. 1582. fol.) pag. 191. sqq. *Westenberg* de caus. obligat. diss. 3 cap. 2. *Pufendorf* tom 2. obs. 183. sqq. *Died. Gotth. Eckart.* diss. de condict. ex L. 32. D. de reb. cred. Lips. 1729. *Müller* ad *Leyser* obs. 287.

§. 1103. Von den Nativklagen.

Die Nativklagen entstehen aus einem obligatorischen Factum. Dieß ist entweder ein erlaubtes oder unerlaubtes. Die Klagen, welche aus einer unerlaubten Handlung entspringen, gründen sich entweder auf ein Delict oder quasi in delicto. Die hingegen, welche ein erlaubtes Factum zum Grund haben, können a) aus einer Pollicitation (§. 735.), b) einer Convention, c) quasi ex contractu (§. 933. rc.) entstehen. Die Convention, woraus eine Klage entspringt, ist entweder ein Contract, oder ein *pactum non nudum.* Pacta nuda wirkten bey den Römern keine Klage. Heutigestags aber entsteht aus allen Verträgen, welche die nach dem Naturrecht zu einem gültigen Vertrag nöthigen Eigenschaften haben, und nicht durch ein Specialgesetz für ungültig erklärt sind, eine Action (§. 747.). Wie man sie nennen will, ist einerley. Einige nennen sie *condictionem ex stipulatu*, weil alle Verträge eben so gültig, als eine Stipulation sind; Andere *condictionem ex lege; condictionem ex moribus; actionem ex pacto.*

§. 1104. Klagen aus den pactis legitimis und adiectis.

Die pacta non nuda sind entweder legitima, oder praetoria, oder adiecta. Aus den pactis legitimis entspringt die *condictio ex lege* (§. 1090.). Aus den adiectis wird die Klage angestellt, die aus dem Contract entsteht, welchem das pactum beygefügt ist; wenn z. E. das pactum einem Kaufcontract angehängt ist: so wird actio emti oder venditi daraus angestellt u. s. w.

§. 1105. Klagen aus den pactis praetoriis.

Prätorische Verträge sind *hypotheca, constitutum* und *delatio iuramenti extraiudicialis* (§. 747.). Aus der Hypothek, weil sie ein dingliches Recht giebt, entstehen die Realklagen, *actio Serviana* und *quasi Serviana* (§. 722.). Aus dem constituto *actio de constituta pecunia* (§. 847.). In älteren Zeiten gehörte auch die *actio receptitia* hierher. Wenn ein Argentarius (§. 852.) versprach, für Jemand eine Zahlung zu leisten, eine auf ihn gestellte Anweisung, wie wir sagen, acceptirt hatte, so hieß das Versprechen *receptum*, und der Argentarius konnte daraus *actione receptitia* belangt werden. Justinian verordnete aber in der L. 2. C. de constitut. pecun. (IV. 189.), daß die actio receptitia als überflüßig wegfallen, und statt ihrer die actio de constituta pecunia angestellt werden solle (*1).

(1) Wer mehr von dieser Materie zu wissen verlangt, kann die §. 852. anges. Schriftsteller nachlesen.



§. 1106. Von der Klage aus dem Eyd.

Ein Eyd hatte nach den Römischen Civilgesetzen nicht mehr Wirkung, als ein pactum nudum; das heißt, wenn Jemand eine Forderung an mich machte, ich erklärte, daß ich ihn bezahlen wolle, wenn er die Forderung beschwöre, und er wirklich schwur: so konnte ich nicht auf die Zahlung belangt werden. Der Prätor aber ertheilte gegen mich eine Klage: *actionem in factum ex iureiurando.* (Vergl. §. 987. Num. 1.)

§. 1107. Klagen aus den Contracten.

Die Contracte sind entweder benamte oder unbenamte (§. 749.); die benamten entweder *reales*, oder *verbales*, oder *litterales*, oder *consensuales* (§. 750.).

§. 1108. Und zwar aus den Realcontracten.

Der benamten Realcontracte sind vier: *mutuum, commodatum, depositum, pignus.* Aus dem *mutuo* entsteht *condictio certi ex mutuo* oder *actio mutui* (§. 769.). Aus dem Commodat actio commodati directa und contraria (§. 776.). Aus dem deposito actio depositi directa und contraria (§. 787.). Aus dem Pfandcontract actio pignoratitia directa und contraria (§. 797.); auch interdictum Salvianum und quasi Salvianum, wovon §. 1213. gehandelt werden wird.

§. 1109. Aus den Verbal- und Litteralcontracten.

Aus dem Verbalcontract der Stipulation wird condictio certi und incerti ex stipulatu (§. 809.), aus dem Litteralcontract condictio ex chirographo angestellt (§. 857.).

§. 1110. Aus den Consensualcontracten.

Der Consensualcontracte sind fünf: emtio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, emphyteusis. Die emtio giebt *actionem emti et venditi* (§. 874.), die locatio conductio *actionem locati et conducti* (§. 893.); die societas actionem *pro socio* (§. 916.); das mandatum *actionem mandati directam* und *contrariam* (§. 929.); und die emphyteusis *actionem emphyteuticariam directam* und *contrariam* (§. 903.).

§. 1111. Aus den unbenamten.

Aus allen unbenamten Contracten entsteht nur Eine Klage, welche *actio in factum praescriptis verbis* heißt (§. 801.). Diese Contracte veranlassen aber auch zuweilen noch eine andere Klage, die condictionem causa data, causa non secuta (§. 957.).

§. 1112. Klagen quasi ex contractu.

Die Klagen quasi ex contractu sind folgende: 1) Aus der negotiorum gestione die *actio negotiorum gestorum directa* und *contraria* (§. 940.).

2) Aus der Tutel *actio tutelae directa* und *contraria* (§. 943.). 3) Aus der Verwaltung einer gemeinschaftlichen Erbschaft *actio familiae herciscundae* (§. 708.). 4) Aus der Verwaltung einer einzelnen gemeinschaftlichen Sache *actio communi dividundo* (§. 949.). Doch sind diese beyden Klagen actiones mixtae, sie gründen sich zum Theil auf ein dingliches Recht (§. 1092.). 5) Aus der Erbschaftsantretung *actio personalis ex testamento* (§. 952.). 6) Aus der indebiti solutione *condictio indebiti* (§. 956.). Einige rechnen zu den Klagen quasi ex contractu auch die *funerariam*, welche ich anstelle, wenn ich einen Todten begraben lasse, ohne daß ich dazu verbunden war, und die Erstattung der Kosten von dem verlange, dem die Pflicht der Beerdigung oblag (*[1]).

(1) Der Grund dieser Klage ist entweder negotiorum gestio, oder wie Andere wollen, fictum defuncti mandatum. *Püttmann* opusc. p. 290.

§. 1113. Klagen aus Verbrechen.

Die delicta sind entweder publica oder privata; entweder ordinaria oder extraordinaria (§. 1014. 1015.). Von den publicis delictis handelt der letzte Titel dieses Buchs, von den extraordinariis wird in den Pandecten gehandelt; also gehören nur die Privatverbrechen hierher. — Man vergleiche übrigens, was die Klagen aus Verbrechen überhaupt betrifft, §. 1016. und 1017. —

§. 1114. Aus den Privatverbrechen.

Aus dem Diebstahl entsteht *condictio furtiva* (§. 1030.) und *actio furti* (§. 1031.). Aus dem Raub *actio vi bonorum raptorum* und *actio furti* (§. 1042.). Aus dem damno iniuria dato *actio legis Aquiliae* (1052. 1056.). Aus den Injurien *actio iniuriarum aestimatoria*, *persecutio criminalis* und *actio ex lege Cornelia* (§. 1067. u. s. f.).

§. 1115. Fortsetzung.

Auch gehört noch hieher 1) *actio de albo corrupto*. Die Magistratspersonen machten ihre Edicte *in albo* bekannt, das heißt nach der richtigen Erklärung, auf einer ausgehängten weißen Tafel. Wenn sich nun Jemand an dieser Tafel verging, sie zerschlug, befleckte, wegtrug u. s. w. so konnte Jeder aus dem Volke gegen ihn actionem de albo corrupto anstellen, auf eine Strafe von 500 aureis, die der Ankläger bekam. Heutigestags wird einer, der sich an obrigkeitlichen Programmen vergeht, mit einer fiscalischen Strafe, Geldstrafe, Gefängniß u. dgl. belegt, die actio de albo corrupto auf 500 aureos fällt weg (*).

2) *Actio in factum contra eum, qui ius iniquum statuerat aut impetraverat.* Wenn a) ein magistratus während seines Amtes in einem gewissen Falle etwas unbilliges statuirt hatte, und nach niedergelegtem Amt in denselben

Fal

Fall kam: so mußte er den unbilligen Satz jetzt auch als Recht gegen sich gelten lassen. Desgleichen b) wenn mein Gegner in einem Proceß etwas unbilliges gegen mich erhalten hatte: so konnte ich verlangen, daß er bey anderer Gelegenheit diese Unbilligkeit auch wieder gegen sich gelten lassen mußte. Ja endlich c) wenn A. mit B. einen Proceß gehabt, und darin ein unbilliges Recht impetrirt hatte, jetzt aber mit mir Proceß bekam, so konnte ich darauf dringen, daß A in diesem Streit das unbillige Recht gegen sich gelten lasse (* 1). Dieß gründet sich auf die Regel: quod quisque iuris in alium statuerit, eodem et ipse utatur. Ob aber in dem einen und andern Fall eine eigne Klage nöthig war, daran zweifle ich.

3) *Actio in factum contra eum, qui ius dicenti non obtemperaverat.* Wenn Jemand sich der Execution, die der magistratus verhängt hatte, widersetzte, *si quod extremum in iurisdictione est, non fecit* (* 2): so konnte der Gegentheil eine Klage anstellen, *ad id quanti ea res erat*, wie Ulpian (* 3) sagt, das heißt nach der richtigern Erklärung, auf eine arbiträre (Privat) Strafe (* 4). Wenn heutigestags sich Jemand der Execution des Richters widersetzt, so wird er mit einer Leibes- oder Gefängniß- oder Geldstrafe belegt, welche die Obrigkeit dictirt, ohne daß der Gegentheil darauf zu klagen braucht.

4) *Actio in factum contra eum, qui in ius vocatum vi exemit.* In den ältern Zeiten Roms wurde der Beklagte der Regel nach nicht durch Gerichtsdiener vor den Prätor gefordert (vocatio in ius publica), sondern wer Jemand belangen wollte, forderte ihn selbst vor (vocatio in ius privata). Wollte er nicht gutwillig mitgehen, so konnte man ihn mit Gewalt hinschleppen. Wenn ich dieses thun wollte, ein Dritter aber dem Beklagten zu Hülfe kam, ihn aus meinen Händen befreyete, und ich dadurch Schaden litt, weil z. E. der Schuldner sich unsichtbar machte: so konnte ich diesen Dritten auf das Interesse belangen.

5) *Actio in factum contra eum, per quem factum est, quo minus quis in iudicio se sistat.* Wenn der Beklagte vor den judex pedaneus auf einen gewissen Tag citirt worden war, ein Dritter aber ihn aus Vorsatz und Gefährde abhielt, zu erscheinen, und ich dadurch Schaden litte: so konnte ich ebenfalls gegen den Dritten auf das Interesse klagen.

(*) Die Sache kann auch als öffentliche Injurie behandelt, und dem Befinden nach bestraft werden. Weber über Injurien etc. III. Nr. 190. etc.

(1) L. 3. §. 12. D. quod quisque iuris

(2) L. 1. §. 2. si quis ius dic. non obtemp.

(3) L. 1. §. 4. D. eod.

(4) Man s. von dieser Klage *Perenon.* animadvers. lib. 1. cap. 20. in thesaur. *Otton.* tom. 1. p. 615. *Os. Aurel.* de variant. *Cuiacii* dispunct. 6. in thes-

aur. *Otton.* tom. 3. p. 708. *Grangiani* paradox. cap. 47. in thesaur. mann. tom. 5. p. 637. *Iac. Voorda* diss. ad L. un si quis ius dicenti obtemp. in *Oelrichs* thesaur. diss. Belgicar. tom. 1. vol. 2. *Trendel* diss. ad eamd. leg. Bützov. 1765. Glück's Pandect. Th. 3. §. 217.

§. 1116. Fortsetzung.

6) *Actio in factum de calumniatoribus*. *Calumnia* überhaupt bey den Juristen eine dolose Handlung, da man einen unter dem Schein Rechts beleidigt, kurz eine Schicane (*1). Hier aber ist von einer beson Gattung der calumniae die Rede, wenn man a) einem Geld oder Geldes giebt, daß er einem Dritten einen schicanösen Proceß anzetteln soll; oder wenn Jemand einen solchen Proceß anstellen will, und Geld nimmt, er es unterlasse. Der nemlich, welcher in dem einen oder andern Fal Geld nimmt, heißt *calumniator*.

Nach Verschiedenheit der Umstände haben verschiedene Klagen Sta Wenn A. dem B. das Geld zu dem Ende gegeben hat, um ihn zu einem un rechten Proceß gegen mich den C. zu bewegen: so kann ich den Geben A. actione iniuriarum, und den Empfänger B. actione de calumniatoribus belangen. Diese Klage geht dahin, daß mir der Beklagte das vierfache dessen, was er empfangen hat, bezahlen solle. Nur muß ich, um das Vierfache fordern zu können, binnen Einem Jahr, vom Tag der Wissenschaft an klagen. Denn klage ich später, so kann ich nur das Einfache fordern. b) hingegen A. dem B. das Geld gegeben, daß er mir dem C. keinen ungerechten Proceß errege: so kann nicht nur A. es condictione ob turpem causam rückfordern, sondern auch ich actionem de calumniatoribus gegen den B. das quadruplum anstellen. Endlich c) wenn ich selbst dem A. Geld gegeben habe, daß er mich nicht durch einen Proceß schicaniren möge: so kann ich actione de calumniatoribus auf das quadruplum belangen (*2).

7) *Condictio ob turpem causam* (§. 957.). Sie kann aber auch einer andern Quelle, der Billigkeit nemlich, hergeleitet werden.

8) *Actio de servo corrupto*. Wenn einer meinen Sklaven oder St zu bösen Handlungen verführt, und ich Schaden dadurch leide: so kann ich die doppelte Ersetzung klagen.

9) *Actio in factum contra mensorem*. Wenn ich das Maaß eines St Feldes wissen möchte, zu dem Ende es durch einen Feldmesser messen la dieser mir dolo und culpa lata ein unrichtiges Maaß angiebt, und ich dadurch Schaden leide; indem ich es entweder zu theuer kaufe, oder zu wohlfeil kaufe: so kann ich von dem Feldmesser die Schadensersetzung fordern. (M. s. oben §. 759. Not. 5.)

(1) Von calvo oder calvor, betrügen, quia per frustrationem et fraudem al vexant litibus. L. 233. D. de V. S.

(2) Daß ich das Gegebene auch condictione sine causa zurückverlangen konnte, hat keinen Zweifel. Allein die actio de calumniatoribus war vortheilhafter, da sie auf das Vierfache gieng.

(3) L. 1. D. de calumn.

§. 1117. Fortsetzung.

Endlich gehören auch hieher 10) die *actio rerum amotarum* (§. 1021.); 11) *actio de suspectis tutoribus* oder *accusatio tutoris suspecti* (§. 250.); 12) *actio rationibus distrahendis* (§. 220.).

§. 1118. Klagen quasi ex delicto.

Aus allen Verbindlichkeiten quasi ex delicto entsteht Eine gemeinschaftliche Klage, die actio in factum, die aber freylich nach Verschiedenheit des Falles auch verschiedene Eigenschaften hat, wie wir im 5. Titel dieses Buchs gesehen haben.

§. 1119. Fünfte Eintheilung der Klagen, von dem Gegenstand und zwar in Rücksicht auf dessen Qualität, hergenommen.

Die Klagen sind, wenn man auf ihren Gegenstand, und zwar dessen Qualität sieht, entweder rei *persecutoriae*, oder *poenales*, oder *mixtae*. Nemlich wenn ich das, worauf ich ein dingliches Recht habe, oder was mir ein Anderer versprochen hat, oder was ich durch des Andern Schuld verlohren habe, oder dessen Werth fordere: so heißt die Klage rei persecutoria (*1); fordre ich hingegen eine Summe Geld zur Strafe für das delictum des Andern, so heißt sie poenae persecutoria. Und endlich, wenn ich auf eine Summe klage, in der meine Entschädigung und zugleich eine Strafe für des Beklagten Vergehen enthalten ist: so heißt es actio rei et poenae persecutoria, oder mixta §. 19. I. h. t. (§. 1016. etc.).

Unter den Pönalklagen giebt es eine gewisse Gattung, die Jeder aus dem Volk anstellen kann; sie heißen daher *actiones populares*. Exempel kommen im §. 1082. und 1115. vor.

(1) *Vinn.* ad 16. h. t.

§. 1120. Von den actionibus rei persecutoriis.

Rei persecutoriae sind also 1) alle Realklagen (§. 1096.); 2) alle Klagen aus Contracten und pactis, ausgenommen die Klage aus dem deposito miserabili, wenn es der depositarius läugnet, denn sie geht auf das duplum (§. 785.), ist also rei et poenae persecutoria. 3) *Condictio furtiva* (§. 1030.) und *rerum amotarum* (§. 1021.).

§. 1121. Von den Pönal- und vermischten Klagen.

Pönalklagen sind die meisten, welche aus delictis entstehen, als *actio furti*, *actio iniuriarum*, *de albo corrupto*, *actio in factum de suspenso vel posito* (1081.), *actio contra deiicientem in 50 aureos* (§. 1079.). Mixtae sind die *actio vi bonorum raptorum* (§. 1042.), *ex lege Aquilia* (§. 1052.),

und *actio de legatis, venerabilibus locis vel ecclesiae relictis.* Wenn einer Kirche oder milden Stiftung, z. E. einem Hospital, Waysenhaus ein Vermächtniß hinterlassen ist, und der Erbe es nicht gutwillig auszahlt, sondern den Legatar zu klagen nöthigt, so muß er das Legat doppelt bezahlen.

§. 1122. Sechste Eintheilung der Klagen, hergenommen vom Gegenstand in Absicht auf dessen Quantität.

Wenn man bey den Klagen auf die Quantität des Gegenstandes sieht: so gehen sie entweder auf das Einfache, oder Doppelte, oder Dreyfache, oder Vierfache.

§. 1123. Klagen, die auf das Einfache gehen.

Auf das Einfache sind gerichtet: 1) alle actiones rei persecutoriae; 2) einige actiones poenales und mixtae, wenn sie erst nach Verlauf eines Jahres angestellt werden. Dahin gehört *actio de calumniatoribus* (§. 1116.), und *vi bonorum raptorum* (§. 1042.).

§. 1124. Klagen auf das Doppelte.

Auf das Doppelte gehen einige Klagen sogleich, andere erst alsdann, wenn der Beklagte die Schuld läugnet, oder abzutragen verzögert. Von der ersten Art sind *actio furti nec manifesti* (§. 1031.) und *servi corrupti* (§. 1116.). Erst durch das Läugnen wachsen auf das Doppelte die *actio ex lege Aquilia* (§. 1058.) und *ex deposito miserabili* (§. 785.). Die bloße Verzögerung verpflichtet zur doppelten Zahlung bey den Vermächtnissen, die einer Kirche oder milden Stiftung hinterlassen sind (§. 1121).

§. 1125. Auf das Dreyfache.

Auf das Dreyfache geht eine Klage in folgendem Fall: die Klagschriften wurden in den neuern Zeiten Roms, so wie bey uns, durch Gerichtsdiener insinuirt, welche *viatores* hießen. Der Beklagte mußte ihnen für die Insinuation ihre Gebühren bezahlen, die sich nach dem Object des Processes richteten, nemlich ein halbes Procent davon ausmachten. Z. E. klagte ich auf 100 aureos, so zahlte der Beklagte einen halben aureum Insinuationsgebühr. Wenn nun der Kläger eine größere Summe in die Klagschrift gesetzt hatte, als ihm zukam, und der Beklagte daher auch dem Gerichtsdiener zu viel bezahlt hatte, so konnte er das zu viel Bezahlte dreyfach vom Kläger zurückfordern.

§. 1126. Auf das Vierfache.

Endlich giebt es auch Klagen auf das Vierfache. Dergleichen sind gleich anfangs die *actio furti manifesti* (§. 1003.), *actio de calumniatoribus*, (§. 1116.) *actio vi bonorum raptorum* (§. 1042.), und die Klage gegen die Gerichtsboten, die zu viel Sporteln genommen hatten. Sie mußten das zur Ungebühr Abgenommene vierfach zurückzahlen. Die *actio quod metus* wird anfangs nur auf das simplum gerichtet; wenn aber der Beklagte die Sentenz

des Richters, worin ihm die Restitution der dem Kläger abgezwungenen Sache auferlegt wird, nicht gutwillig befolgt: so wird er auf das Vierfache condemnirt.

§. 1127. Vom heutigen Gebrauch der Pönalklagen.

Es ist eine sehr bestrittene Frage: ob die Klagen auf das Doppelte, Drey- oder Vierfache auch in Deutschland Statt finden? Einige Juristen (*1) behaupten es, weil das Römische Recht im Ganzen recipirt, kein conträres Deutsches Gesetz vorhanden, und diese Strafen unserer Verfassung nicht entgegen seyen. Allein Andere (*2) behaupten aus bessern Gründen das Gegentheil. Denn in Deutschland hat man von jeher die Geldstrafen als Vortheile der Gerichtsbarkeit angesehen, und in den Fällen Fiskalstrafen gesetzt, wo die Römer Privatstrafen hatten. Nun kann man aber Einen wegen eines Vergehens doch unmöglich mit doppelter Strafe belegen. Kein ausdrückliches Gesetz gegen die Pönalklagen ist freylich vorhanden, aber der Nichtgebrauch eines Gesetzes (desuetudo legis), hat dieselbe Wirkung, wie eine ausdrückliche Abschaffung (vergl. jedoch §. 58. Note 15).

(1) *Brunnemann* ad L. ult. D. de caluminator. *Schilter* ex. 19. th. 74. *Berger* comment. de usu action, tum rei persecutor. tum imprimis poenalium, Lips. 1706. *I. H. Boehmer* diss. de except. med. iniust. cap. 2. §. 14. ex. ad Pand. vol. 5. p. 796. sqq. *Wernher* part 3. obs. 24. *Leyser* sp. 56. m. 1.

(2) *Struv.* ex. 7. th. 60. *Thomasius* l. c. *Cocceii* iur. contr. tit de calum. qu. 1. et tit. de oblig. et act. qu. 10. *Boehmer* de act. sect. 1. cap. 3. §. 11. *Pufendorf* proc. crim. cap. 1. *Io. Gottl. Gonne* diss. de poenis lucro actoris cedentibus, Erlang. 1747. Schmidt Lehrbuch von Klagen, §. 44. *Müller* ad *Leyser* tom. 1. fascic. 1. obs. 38. Doch s. man Glück Pandecten 3. Band 551. u. fg. S. — Die Theorie des Rechts dürfte doch für die Anwendbarkeit der Römischen Pönalklagen im Ganzen sehr überwiegende Gründe darbieten. Daß in Deutschland häufig Geldstrafen zum Vortheile des Fiscus vorkommen, erlaubt auch die Schlußfolge noch nicht, daß darum alle Strafen, welche das Römische Recht dem Privatkläger zu Hülfe kommen läßt, bey uns ganz wegfallen. Dieß würde selbst der Peinl. Gerichtsordn. Karls V. Art. 157. widerstreiten; wiewohl man freylich in den Gerichten sich auch über diese Verordnung hinweggesetzt, und ohne zureichende Rechtsgründe das Gegentheil, als herrschende Meynung angenommen hat. Weber v. d. Anwendung des Römischen Rechts in den Vers. über d. Civilrecht. I. 23. 67.

§. 1128. Siebente Eintheilung in Rücksicht auf die Macht des Judex.

Die Klagen sind, wenn man auf die dem Judex dabey zustehende Gewalt sieht, entweder *stricti iuris*, oder *bonae fidei*. Zum Verstande dieser Distinction bemerke man: 1) sie ist keine allgemeine Eintheilung aller Klagen; nur die, welche aus Contracten und Quasicontracten entstehen, werden auf diese Weise distinguirt (*1). 2) Stricti iuris actio heißt eine Klage, bey welcher der index pedaneus bloß auf die Worte des Contractes sieht, dem Kläger nichts zuerkennt, als was ihm ausdrücklich versprochen worden ist; *bonae fidei*, bey

der mehr auf die Billigkeit, als auf das strenge Recht gesehen wird, und wo der Richter auch das adjudicirt, was nicht mit deutlichen Worten versprochen, sondern aus dem Grund übergangen worden ist, weil es in dieser Art Geschäfte so gewöhnlich ist, daß ein Contrahent es auszubedingen für unnöthig hält.

In der Anmerkung wird dieß aus den Römischen Alterthümern noch näher erklärt. Die obrigkeitliche Person, welcher die Jurisdiction, das heißt, die Gerichtsbarkeit in Civilsachen zustand, war der Prätor. Dieser aber war nicht im Stande, alle vor ihn gebrachte Processe selbst zu entscheiden. Er hatte daher viele Beysitzer, welche Iudices hießen. Diesen gab er die Untersuchung einzelner Sachen auf. Alle Sachen wurden zuerst vor dem Prätor angebracht, und summarisch, mündlich verhandelt. Nun entschied sie der Prätor entweder selbst, wenn sie ganz klar waren (extra ordinem iudicabat), oder er bestellte *einen* oder einige seiner Beysitzer zur Untersuchung und Entscheidung (iudicem dabat). Diesen Beysitzern gab er eine Instruction, wornach sie die Sache entscheiden sollten. In den negotiis stricti iuris hieß diese Instruction also: si paret (das heißt adparet); Titium centum ex stipulatu debere, tu illum in centum condemna. Hingegen bey den negotiis bonae fidei lautete sie folgendergestalt: si paret, Titium Mevio ex locato (emto etc.) debere, *tum* quantum Titium Mevio ob eam rem dare oportet ex fide bona, tanti damnetur. Hier konnte also der iudex Verzugszinsen, Früchte und alles, was die Billigkeit erforderte, adjudiciren, welches bey den actionibus stricti iuris nicht angieng.

(1) *Franzk.* ex. 13. qu. 8. *Boehmer* de act. sect. 1. cap. 3. §. 13. *Gundling* de usu pract. act. bonae fidei et stricti iur. cap. 1. §. 38. Nur die hereditatis aditio macht hier eine Ausnahme. Sie entsteht weder aus einem Contract noch Quasicontract, und wird doch actio bonae fidei genannt (§. 1129).

§. 1129. Welche Klagen waren bonae fidei actiones?

Bis daher ist alles deutlich und ausgemacht, aber wenn nun 3) die Fragen entstehen, a) welche Klagen actiones bonae fidei waren, und welche nicht; b) was das Fundament dieser Eintheilung sey: so ist die Antwort schwer zu geben (*1).

Ich halte mit Böhmern dafür (*2), daß das Fundament der Eintheilung im Formularrecht zu suchen ist, daß also nur die Klagen stricti iuris actiones waren, welche aus einem Formularcontract entstehen, alle andere bonae fidei. In den Formularcontracten hing die ganze Verbindlichkeit von der Formel ab. Man mußte also auch bey dieser allein stehen bleiben, und konnte nicht darüber weggehen. Gewiß ist folgendes: bonae fidei actiones sind 1) die Klagen, welche aus Consensualcontracten entstehen, emti et venditi, locati et conducti, pro socio, mandati. Auch die emphyteuticaria gehört ohne Zweifel hierher, ob sie gleich Justinian im §. 28. I. h. t. nicht nennt:

denn die emphytensis ist ein Mittelding zwischen Kauf- und Miethcontract, beyde aber sind bonae fidei contractus. 2) Die Klagen aus drey Realcontracten, actio commodati, depositi, pignoratitia. Nicht weniger die sequestraria, wiewohl sie ebenfalls im §. 28. h. t. nicht genannt ist, denn das sequestrum ist eine Gattung des depositi. 3) Die actio praescriptis verbis, welche aus dem Tausch- und Trödelcontract entsteht. 4) Die Klagen aus den Quasicontracten, actio negotiorum gestorum, tutelae, familiae herciscundae, communi dividundo. Ferner die funeraria vermöge der L. 14. §. 6. et 13. D. de religios. welche übrigens im §. 28. des Textes wieder nicht angeführt ist. 5) Die hereditatis petitio.

(1) Die meisten Juristen antworten auf die erste dieser Fragen: die Klagen, welche im §. 28. I. h. t. specificirt sind, seyen bonae fidei, alle andere aber stricti iuris. Es heißt nemlich an diesem Ort: actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris. Bonae fidei sunt hae: ex emto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoratitia, familiae herciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. Allein diese Meynung setzt voraus, daß die Verfertiger der Institutionen ein vollständiges Verzeichniß der bonae fidei Actionen haben geben wollen, und diese Voraussetzung ist falsch; denn die actio funeraria (§. 1112.), sequestraria und emphyteuticaria waren gewiß bonae fidei, wie ich hernach zeigen will, und doch stehen sie nicht in diesem Verzeichniß.

Bey der zweyten Frage: warum sind denn einige Klagen bonae fidei, andere stricti iuris, wo liegt der Grund der Distinction, gestehen einige Juristen ihre Unwissenheit, und meynen, es lasse sich gar kein Grund davon angeben. *Charondas* lib. 3. verisimil. cap. 3. in thesaur. *Otton.* Tom. I. pag. 774. Andere, z. B. *Hotomann* et *Otto* ad §. 28. h. t. glauben, die Klagen, welche aus negotiis unilateralibus entstehen, seyen stricti iuris, die aus bilateralibus aber bonae fidei. Allein wenn man nun weiter fragt, warum war jede Klage aus einem Bilateralcontract bonae fidei, und warum die aus den Unilateralcontracten entspringenden stricti iuris; so können sie keine zureichende Ursache angeben, wie *Bachov* tr. de act. disp. 6. th. 11., der diese Meynung vertheidigt, selbst gesteht. Dazu kommt, daß die actio perscriptis verbis aus der Permutation und dem Trödelcontract unstreitig bonae fidei ist, da doch diese und alle benannten Contracte unilaterales sind (§. 750.). *Cocceii* iur. controv. tit. de O. et A. Qu. 13. sagt, bonae fidei actiones seyen alle, wo ich auf eine Sache klagte, die schon mein gewesen sey; stricti iuris, wenn ich eine Sache forderte, die zuvor noch nicht mein gewesen sey. Aber die actio emti und die actio praescriptis verbis ex permutatione sind ja unläugbar bonae fidei, und doch verlange ich in diesen Klagen etwas, das noch nicht mein war.

(2) *Boehmer* de act. sect. 1. cap. 3 § 19. sqq. welcher überhaupt §. 12. bis 48. diese Lehre sehr gründlich abhandelt, und daher vorzüglich zur Nachlese zu empfehlen ist.

Ferner ist gewiß, daß die actio ex stipulatu und condictio ex chirographo actiones stricti iuris waren. Aber wohin nun die andern Klagen, z. E. die actio mutui, condictio indebiti, actio de constituta pecunia, finium regundorum und die Klagen aus den übrigen unbenannten Contracten (*¹), außer dem Tausch- und Trödelcontract, gehörten, ist zweifelhaft. Böhmer am a. Orte rechnet sie unter die bonae fidei actiones — welches er bey jeder einzelnen Klage mit Gesetzen und Rechtsgründen näher darthut. Hingegen nach der gemeinen Meynung sind sie stricti iuris, und diese Meynung hat auch Gundling a. a. O. vertheidigt. Da die Frage bloß theoretisch ist, wie wir im §. 1135. sehen werden, und keine der verschiedenen Meynungen zu einiger Evidenz gebracht werden kann: so will ich mich dabey nicht aufhalten.

(1) Von diesen letztern s. *Busii* subtilit. iur. lib. 1. cap. 5.

§. 1131. Von der actione ex stipulatu de dote.

Nach dem alten Römischen Recht hatte eine Frau zwey Klagen, um ihr Eingebrachtes zurück zu fordern, *actionem rei uxoriae*, und *actionem ex stipulatu*. Die letzte stellte sie an, wenn sie sich die Zurückgabe des Brautschatzes durch eine Stipulation hatte versprechen lassen; die erste, wenn dieß *nicht geschehen* war. Allein die actio rei uxoriae hatte mancherley Unbequemlichkeiten (*¹), und die actio ex stipulatu ebenfalls, weil sie stricti iuris war. Justinian schmelzte daher beyde Klagen zusammen, das heißt, er verordnete, daß eine Frau ohne Unterschied die actionem ex stipulatu sollte anstellen können, sie möchte sich nun die Zurückgabe durch Stipulation ausbedungen haben oder nicht; und daß diese Klage eine actio bonae fidei seyn sollte.

(1) *Vinn.* ad §. 29. I. h. t. n. 2.

§. 1132. Practische Wirkung der Distinction zwischen actionibus bonae fidei und stricti iuris.

Die actiones bonae fidei und stricti iuris waren bey den Römern sehr verschieden. Denn 1) in negotiis b. f. hatte die Compensation ipso iure Statt, in den negotiis stricti iuris aber nicht eher, als bis man exceptionem compensationis im Gericht opponirte. Allein dieß hat Justinian schon aufgehoben, indem er verordnet hat, daß in allen Fällen die Compensation ipso iure eintreten sollte (§. 980.). 2) Negotia bonae fidei waren null, wenn sie durch einen Betrug veranlaßt wurden, in den negotiis stricti iuris mußte man restitutionem in integrum suchen (1008.). 3) Zeigt sich ein wichtiger Unterschied in Ansehung der Früchte. Wenn ich nemlich eine Personalklage gegen einen anstelle: so verlange ich entweder eine Sache, die schon mein ist, z. E. stelle actionem commodati, depositi, pignoratitiam directam an; oder eine, die noch nicht mein war. Im ersten Fall fordre ich alle Früchte, die der Be-

klagte gezogen, oder auch aus Nachläßigkeit nicht gezogen hat, die Klage mag b. f. oder stricti iuris, der Beklagte mag in mora gewesen seyn, oder nicht. Im letzten Fall aber ist die Klage entweder bonae fidei oder stricti iuris. In den bonae fidei Klagen müssen die Früchte von Zeit der morae an, in den stricti iuris iudiciis aber von der Litiscontestation an restituirt werden. Hert (*1) hat diese Sätze angeführt und erwiesen. 4) In den iudiciis bonae fidei können Zinsen gefordert werden, wenn sie der Beklagte durch ein pactum versprochen hat, oder in mora ist; in den iudiciis stricti iuris hingegen hat keine Zinsenforderung Statt, außer wenn ich mir sie durch eine Stipulation ausbedungen habe. 5) Wenn man einem contractui bonae fidei Verträge anhängt: so kann man daraus dieselbe Klage anstellen, die aus dem Contract selbst entsteht. Dieß geht aber bey einem contractu stricti iuris nicht an.

(1) *Hert.* diss. de fructuum persecutione in act. personal. in opusc. vol. 1. part. 3. pag. 127. sqq. S. aber auch *Io. God. Bauer* diss. de aestimandis et restituendis fructibus, (Lips. 1753.) §. 7. – Schmidt von Klagen und Einreden. §. 37. rc.

§. 1133 Was sind actiones arbitrariae?

Von den stricti iuris und bonae fidei actionibus sind die arbitrariae unterschieden. Das Wort actio arbitraria aber hat zweyerley Bedeutungen. Zuweilen versteht man darunter eine Klage, wo der Richter den Beklagten, wenn er der Sentenz nicht gutwillige Folge leistet, härter verurtheilen kann; das heißt, er kann ihn auf das Vierfache condemniren, oder kann den Kläger zum iuramento in litem lassen, ihm erlauben seine Sache eydlich zu taxiren. Zuweilen aber heißt actio arbitraria diejenige, wo es ganz allein vom Ermessen des Richters abhängt, auf wie hoch er eine Parthey condemniren will (*1).

(1) *Io. Andr. Frommann* de arbitrariarum actionum natura, Tubing. 1688.

§. 1134. Verzeichniß der arbiträren Klagen.

Arbiträre Klagen in der ersten Bedeutung sind 1) alle Realklagen, die Erbschaftsklage ausgenommen, 2) actio de dolo, 3) actio ad exhibendum, 4) actio finium regundorum, 5) actio Paulliana, 6) actio Faviana und Calvisiana. Der Patron erbte in gewissen Fällen den Freygelassenen (§. 647. u. f. f.). Wenn nun der Freygelassene etwas von seinem Vermögen zum Schaden des Patrons veräusserte: so konnte dieser, im Fall er aus einem Testament erbte, actionem Favianam, im Fall der Intestaterbfolge hingegen actionem Calvisianam anstellen, und die veräusserten Sachen zurückfordern. 7) Actio rerum amotarum. Bey allen diesen Klagen wird der Kläger zum Schätzungseyde gelassen, wenn der Beklagte das Object des Processes nicht herausgeben will, oder selbst schuld daran ist, daß er es nicht herausgeben kann. 8) Actio quod metus. Wenn der Beklagte die Sache nicht auf Befehl des Richters restituirt, so wird er aufs Vierfache condemnirt. Von actionibus arbitrariis

in der letzten Bedeutung giebt es nur eine einzige, die *condictionem de eo quod certo loco*. 968. (Vergl. §. 31. I. h. t.)

§. 1135. Vom heutigen Nutzen der Distinction zwischen b. f. und stricti iuris Actionen.

1) Ob die Distinction zwischen b. f. und stricti iuris Klagen in Deutschland Nutzen habe, ist streitig. Viele Juristen (*1) meynen, daß sie allerdings noch gelte, und practischen Nutzen habe. Hingegen Andere (*2) behaupten mit besseren Gründen, daß die Distinction bey uns wegfalle, und alle Klagen actiones b. f. seyen. Fragt man aber nach der Ursache, so sagen Einige, sie sey durch das Canonische Recht abgeschafft. Allein dieß kann nicht erwiesen werden. Andere berufen sich auf den Reichsabschied vom Jahr 1600. §. so viel nun; worin verordnet ist, daß man in dem Darlehn blos um des Verzugs willen Zinsen fordern könne, wenn gleich keine versprochen sind. Aber man sieht leicht, daß daraus die Abschaffung jener Distinction noch lange nicht folge. Noch Andere sagen, wir hätten keine Prätoren und iudices pedaneos, folglich auch jene Distinction der Klagen nicht. Allein zu Justinians Zeiten hatte man schon keine iudices pedaneos mehr, und doch blieb der Unterschied zwischen b. f. und stricti iuris Klagen stehen. Böhmer am a. O. behauptet mit Recht, daß die Distinction deswegen wegfalle, weil sie aus dem Formularrecht entstanden ist, was wir in Deutschland nicht haben(3). 2) Die Gewalt des Richters geht bey uns nicht so weit, daß er den Beklagten seines Ungehorsams wegen auf das Vierfache condemniren könnte. Allein das geht an, daß er den Kläger zum Schätzungseyde läßt, wenn der Beklagte sich dolo oder culpa in die Umstände gesetzt hat, daß er die schuldige Sache nicht herausgeben kann, wie in dem Titel der Pandecten de in litem iurando gezeigt wird (*). 3) Heutigestags giebt es keine actionem arbitrariam in der letzten Bedeutung; denn der Grund, warum bey der condictione de eo quod certo loco die Condemnation ganz vom Ermessen des Richters abhing, liegt auch in dem Formularrecht (§. 968.), das wir nicht haben.

(1) J. C. *Hert.* cit. diss. de fructuum persecut. in act. person. §. 15. *Thomas.* resolut. Lib. 4. part. 2. Qu. 23. 24. pag. 952. sqq. *Harpprecht* ad §. 28. I. de act. n. 54. *Hopp.* ad Instit. ibid. *Coccesi* iur. contr. tit. de oblig. et act. Qu. 13. *Püttmann.* opusc. pag. 207.

(2) *Gudelinus* de iure noviss. Lib. 3. Cap. 13. *Thomasius* in not. ad §. 28. h. t. *Boehmer* de act. Sect. 1. Cap. 3. §. 19. *Gundling* diss. de usu pract. Dist. act. b. f. et stricti iur. Cap. 2. *Stryk* us. mod. tit. de oblig. et act. §. 8.

(3) Einen den Römern unbekannten Contract haben wir indessen in Deutschland, bey welchem, so wie bey den Römischen stricti iuris Contracten mit Beyseitsetzung jeder auf dem vermuthlichen Willen der Contrahenten sonst beruhenden billigen Erklärung, alles buchstäblich genommen werden muß. Dieß ist der Wechselcontract. Runde deutsches Recht, §. 224.

(*) Vergl. über das eigentliche Verhältniß dieses Eydes: Neue allgem. deutsche Biblioth. Anhang z. ersten bis 28sten Bande. III. 86. W.

§. 1136. Achte von den Wirkungen hergenommene Eintheilung der Klagen.

Durch die meisten Klagen erhält man alles, was man zu fordern hat, durch einige nicht; das heißt deutlich: in den meisten Fällen geschieht die Execution auf das ganze Vermögen des Beklagten, in einigen hingegen wird sie nur auf einen Theil erkannt. Reicht dieser zur völligen Befriedigung des Klägers hin, so bekommt er alles, was er zu fordern hat, ausserdem aber nicht. Die Fälle sind: 1) wenn ich den Vater actione de peculio belange. 2) Wenn der Schuldner das beneficium competentiae hat. Nemlich wenn ich gegen den Vater actionem de peculio anstelle, und gewinne, so werde ich aus dem peculio befriedigt, also nicht weiter, als dieses reicht (§. 1153.).

§ 1137. Vom beneficio competentiae.

Die Rechtswohlthat der Competenz aber besteht darin, daß gewisse Personen nicht bis auf den letzten Heller exequirt werden können, sondern daß ihnen die Gläubiger die Competenz, d. i. standsmäßig nothdürftige Nahrung und Kleider lassen müssen. Diese Wohlthat ist ganz persönlich. Nur denjenigen kommt sie zu, denen sie von den Gesetzen ertheilt ist, nicht ihren Erben und Bürgen.

§. 1138. Verzeichniß der Personen, welchen sie zusteht.

Einige haben die Rechtswohlthat der Competenz wegen der nahen Verbindung, worin sie mit dem Gläubiger stehen. Dergleichen sind 1) die Eltern, das heißt alle Ascendenten, der Vater, die Mutter, die Großeltern, wenn sie ihren Kindern, Enkeln rc. schuldig sind. Ob umgekehrt auch die Kinder diese Wohlthat haben, wenn sie von den Eltern belangt werden, ist zweifelhaft. 2) Die Patronen, wenn die Freygelassenen an sie zu fordern haben. 3) Die Geschwister untereinander. Man hat zwar kein ausdrückliches Gesetz darüber. Da aber in der L. 63. pr. D. pro soc. den sociis das beneficium aus dem Grund ertheilet ist, *cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat:* so kann man es auch den Geschwistern nicht absprechen (*1). 4) Personen, die in Gesellschaft gestanden haben, wenn nemlich Einer dem Andern aus der Gesellschaft schuldig verbleibt (*2). 5) Ehegatten. 6) Der Schwiegervater, wenn er auf die Bezahlung des Heyrathsgutes belangt wird.

(1) *Meier* coll. Argentor. tit. de re iud. th. 34. n. 1. *Horn* diss. de benefic. competentiae, §. 9. *Wernher* Part. 7. obs. 85. n. 80. sqq. Anderer Meynung ist *Lauterbach* diss. de beneficio competent. th. 32. — Vergl. dagegen Thibaut über die log. Ausleg. des Röm. Rechts §. 23.

(2) Nach der L. 16. D. de re iud. sollen zwar nur die socii omnium bonorum die Wohlthat der Competenz genießen; aber nach der L. 63. D. pro soc. und

dem §. 38. I. h. t. muß man sie allen sociis zusprechen, und so wird es auch in der Praxis gehalten. *Wernher* l. c. n. 88 sqq. S. jedoch auch *Menken* syst. Pand. edit. *Schoen.* XVII. 2. 14.

§. 1139. Fortsetzung.

Wegen ihres Standes kommt 7) den Soldaten (*1) die Wohlthat der Competenz zu. Die Juristen dehnen dieß auf Adeliche, Geistliche, Advocaten und öffentliche Lehrer aus; aber mit Unrecht, denn Privilegien und iura singularia leiden keine Ausdehnung (*2). Indessen ist durch Landesgesetze oder Gewohnheiten an manchen Orten den Adelichen das beneficium competentiae zugestanden (*3).

(1) *Enenckel* de privileg. milit. lib. 2. privileg. 19.
(2) *Pufendorf* Tom. 3. Obs. 51.
(3) Daß den Adelichen die Wohlthat der Competenz zustehe, behaupten *Wernher* l. c. n. 107. sqq. *Cramer* obs. Tom 3. p. 461. aber das Gegentheil *Lauterbach* diss. cit. th. 34. *Leyser* Sp. 664. med. 34. *Schmidt* diss. de benef. compet. quatenus nobilibus competat, in *Leyser* med. ad pand. Vol. 11. Part. 2. p. 530. sqq. Strube rechtl. Bed. 2. Theil. 18. S.

§. 1140. Fortsetzung.

Aus Dankbarkeit muß man 8) dem Schenker die Competenz lassen. Nemlich wenn mir Jemand so viel geschenkt hat, daß er es nicht leisten kann, ohne sich selbst den nöthigen Unterhalt zu rauben, so muß ich ihm so viel nach lassen, daß er diesen behalte (*1) (§. 412.).

(1) *Sammet* in opusc. p. 180.

§. 1141. Fortsetzung.

Ferner kommt 9) wegen erlittener Unglücksfälle den Kindern diese Wohlthat gegen ihre Gläubiger zu. Wenn ein Mensch, der noch in der väterlichen Gewalt steht, contrahirt, und aus diesem Contract schuldig bleibt, nun aber sein eigner Herr wird, so kann er belangt werden. In dem Falle indessen, wenn er von seinem Vater wenig oder nichts geerbt hat, und sogleich belangt wird, ehe er sich noch etwas erwerben konnte: so muß man ihm die Competenz lassen. Auch 10) wer *bonis* cedirt hat, und nachher wieder Vermögen erwirbt, hat die Wohlthat der Competenz. Nemlich wenn ein verarmter Schuldner sein ganzes Vermögen zur Bezahlung der Gläubiger hingegeben, damit aber noch nicht alle seine Schulden abgetragen hat, und nachher wieder Vermögen bekommt: so muß er zwar die unbezahlt gebliebenen Schulden noch tilgen; die Gläubiger denen er vorhin sein Vermögen abgetreten hatte (denn nur gegen diese hat er die Rechtswohlthat der Competenz), können ihm aber doch nicht alles nehmen.

Endlich kommt aber auch 11) zuweilen einem die Competenz wegen des eintretenden Rechts eines Dritten zu (*1). Z. E. einem öffentlichen Be-

dienten können die Gläubiger seine ganze Besoldung nicht nehmen, weil er sonst dem Staate nicht mehr dienen könnte.

(1) Diese Fälle beschreibt vollständig *Hellfeld* diss. de beneficio compet. ex proprio aeque ac tertii iure, §. 15. sqq. in opusc. pag. 572. sqq.

TIT. VII.

QUOD CUM EO QUI IN ALIENA POTESTATE EST NEGOTIUM GESTUM ESSE DICATUR.

§. 1142. Was ist eine actio qualitatis adiectitiae?

Eine Personalklage entsteht entweder aus einem obligatorischen Factum, oder unmittelbar aus der Billigkeit. Die erste Art von Klagen wird in diesem Titel noch einmal weiter eingetheilt. Nemlich sie werden gegen mich angestellt entweder aus meinem eignen Factum, oder aus eines Andern seinem, das aber aus einer gesetzlichen Ursache als mein eignes angesehen wird; im letzten Fall heißen sie *actiones adiectitiae qualitatis* (*). Also jede Klage kann actio adiectitiae qualitatis werden, wenn sie gegen mich aus einem fremden Factum angestellt wird. Z. E. die actio emti wird adiectitiae qualitatis, wenn ich sie gegen den Vater aus einem Kauf anstelle, welchen ich mit dem Sohn auf Befehl des Vaters geschlossen habe. In diesem Falle heißt sie actio emti *quod iussu*. Sie ist adiectitiae qualitatis, wenn ich aus einem mit dem Factor geschlossenen Kauf gegen den Handlungspatron klage, und heißt alsdann actio *emti institoria*. Eben so giebt es auch eine actionem *emti exercitoriam, tributoriam, de peculio*, und *de in rem verso*, die in den folgenden §§. werden erklärt werden; eine actionem *locati quod iussu, locati institoriam etc.*

(*) Noch in einer andern Beziehung kommt actio adiectitiae qualitatis im XI. Buche der Pandecten 1stem Titel vor. W.

§. 1143. Gattungen dieser Klagen.

Einige actiones adiectitiae qualitatis können nur aus dem Factum meines Sklaven, oder filii familias, andere hingegen aus dem Factum eines jeden Menschen, er sey mein Sklave, oder Sohn, oder ein Fremder, gegen mich angestellt werden. Zu jener Classe gehören *actio quod iussu, de peculio* und *tributoria*; zu dieser *actio exercitoria, institoria* und *de in rem verso*. S. die 68. Tabelle (*1).

(1) Nach dem Civilrecht kann ich durch den Contract eines Andern nicht verpflichtet werden, selbst alsdann nicht, wenn der Andere in meiner Gewalt ist. Dieses Princip aber milderte der Prätor, indem er festsetzte, daß der Vater und Herr in gewissen Fällen aus den Contracten ihres Sohnes oder Sklaven sollten belangt werden können.

§. 1144. Was ist iussus?

Iussus, Befehl überhaupt ist eine Erklärung an einen, der in meiner

Gewalt ist, daß er etwas thun soll. Sie kann geschehen *inter vivos*, und durch einen letzten Willen, mündlich und schriftlich; sie kann allgemein seyn, und auf eine einzelne Handlung gehen; vor der Handlung vorausgehen, und darauf folgen. Geht sie voraus, so heißt sie *iussus* im eigentlichen Verstande; folgt sie darauf, so heißt sie *ratihabitio*, Genehmigung.

§. 1145. Was ist actio quod iussu?

Wenn ich meinem Sohn oder Sklaven einen Befehl gegeben habe, zu contrahiren, und er hat den Contract dem Befehl gemäß geschlossen: so kann gegen mich die actio quod iussu angestellt werden; dahin, daß ich das leisten muß, was mein Sohn oder Sklave versprochen hat, und zwar in solidum, das heißt, ich werde auf das Ganze exequirt (§. 812.), nicht etwa blos soweit als das peculium reicht, wie bey der actione de peculio geschieht (§. 1153.). Hat ein Sohn auf Befehl des Vaters contrahirt, so kann auch directe gegen ihn selbst geklagt werden. Bey einem Sklaven hingegen fällt diese directe Klage weg.

§. 1146. Was ist exercitor, magister navis, praeponens und institor?

Exercitor, Schiffspatron, Schiffsreder, heißt einer, der *ein Schiff* ausrüstet, es mit allem Nothwendigen versieht, und den Vortheil davon zieht; das Schiff mag nun sein eigen oder gemiethet seyn. *Magister navis*, Schiffsmeister ist der, welchem der Reder das ganze Schiff anvertrauet, daß er auf der Reise für alles sorge, und dem Schiffsvolk die nöthigen Befehle ertheile. Unter ihm stehen der Schiffer, der Ober- und Untersteuermann, welche die Befehle wegen des Segelns ertheilen, und abwechselnd die Wache haben. Er war bey den Römern zuweilen der Sohn, zuweilen der Sklave des Reders, zuweilen der Sklave eines Andern.

Wenn ich einem ein fortdauerndes und zusammengesetztes Geschäft, z. E. die Führung eines Handels, die Aufsicht über eine Fabrike u. dgl. in meinem Namen zu besorgen anvertraue, so heißt er *Institor*, Factor, Provisor (in einer Apotheke), ich *praeponens, dominus tabernae*, Principal, Kaufherr, Ladenherr, Patron u. s. w. Auch der institor war zuweilen der Sohn oder Sklave des Kaufherrn.

§. 1147. Von der actione exercitoria.

Wenn der Schiffsmeister einen Contract über ein ihm anvertrautes Geschäft schließt, so kann er selbst, es kann aber auch der Schiffsreder daraus actione exercitoria belangt werden. Diese Klage also stellt ein Dritter an, der mit dem Schiffsmeister contrahirt (oder sein Erbe), gegen den Schiffspatron (oder dessen Erben); wenn mehrere Schiffsfreunde, Mitreder das Schiff ausgerüstet haben, gegen jeden in solidum, um dasjenige zu leisten, was der Schiffsmeister versprochen hat. Habe ich z. E. mit dem Schiffsmeister einen

Kauf, einen Miethcontract geschlossen; so stelle ich actionem *emti*, actionem *locati exercitoriam* an. Wenn ich mit dem Schiffer contrahirt habe, so hat diese Klage nicht Statt; denn dieser hat keine Ordre, Contracte im Namen des Reders zu schließen.

§. 1148. Von der institoria.

Wer mit einem Factor über Geschäfte, denen er vorgesetzt ist, contrahiret, der kann ebenfalls a) gegen den Factor selbst (*[1]), b) gegen den Principal klagen. Im letzten Fall heißt die Klage actio institoria. Sie wird also angestellt gegen den Principal oder dessen Erben; wenn mehrere in Gesellschaft handeln und einen Factor bestellen, gegen jeden in solidum auf Erfüllung des Contractes (*[2]). Wer mit einem andern Bevollmächtigten contrahirt (der kein Factor ist), kann gegen den Principal, wie wir oben schon (§. 932.) gehört haben, actionem institoriam utilem anstellen.

(1) In Holland kann, wie *Vinn.* ad §. 2. h. t. n. 1. bezeugt, gegen den Factor, wenn er als Factor contrahirt hat, nicht geklagt werden.

(2) Kann aber auch umgekehrt der Schiffsreder aus den Contracten des Schiffsmeisters und der Principal aus den Contracten des Factors geradezu gegen einen Dritten klagen? Der Regel nach nicht. *Vinn.* l. c. n. 3. — Beyde müssen sich zu diesem Zweck, nach den Grundsätzen des Römischen Rechts, welche den Erwerb eines Rechts durch einen dritten freyen Mann nicht gestatten, L. 73. § 4 D. de div. reg. iur. (§. 205.) erst die Klage von dem magister navis oder Institor gehörig cediren lassen, und nur zur Hülfe, wenn sie sonst nicht zu dem Ihrigen gelangen können, wird ihnen die Klage auch ohne Cession utiliter gestattet. L. 1. L. 2. D. de institor. act.

§. 1149 Vom heutigen Gebrauch.

Die beyden Klagen, actio exercitoria und institoria, haben auch noch heutigestages Statt. In Holland ist, wie die Rechtsgelehrten dieses Landes bezeugen, angenommen, daß mehrere Schiffsfreunde, die in Gesellschaft ein Schiff ausrüsten, aus den Contracten ihres Schiffsmeisters, nicht in solidum belangt werden, sondern nur pro rata haften, d. i. jeder nur in soweit, als er Antheil am Schiffe hat. In Deutschland gilt in diesem Stücke das Römische Recht. Mehrere Exercitoren sowohl als Handelsherren können aus Contracten des Schiffsmeisters und Factors in solidum verklagt werden (*[1]).

(1) *Stryk* us. mod. tit. de exercit. act. §. 16. de institor. act. §. 3. — Doch wird in Ansehung der von den Exercitoren oder Handelsherren selbst gegen Andere anzustellenden Klagen den Grundsätzen des Römischen Rechts (§. praec. Note 2.) in der Anwendung nicht nachgegangen, sondern die Klage geradezu gestattet. *Boehmer* de actionib. II. 10. 6. Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 890.

§. 1150. 1151. Von der actione tributoria.

Merces peculiares heißen Waaren, die ein Sohn oder Sklave entweder durch Handel mit seinem peculio, oder durch andere Arbeiten erworben hat.

Wenn nun der Sohn oder Sklave mit Vorwissen des Vaters oder Herrn handelt, und bey diesem Handel bankerot wird: so ist der Vater oder Herr schuldig und befugt, die merces peculiares unter die Gläubiger pro rata zu vertheilen. Thut er dieß nicht, vertheilt er die Waaren gar nicht, oder nicht pro rata: so wird er actione tributoria (d. i. distributoria) belangt, daß er die Theilung vornehmen oder abändern soll (*1).

(1) Ein gemeiner Irrthum ist, die actio tributoria werde nur angestellt, wenn der Vater oder Herr die Waaren nicht gehörig ausgetheilt habe. Mehrere Stellen im Titel der Pandecten de tributoria actione, z. E. L. 5. §. 19. L. 7. pr. §. 1. et 2. zeigen das Gegentheil.

§. 1152. Vom heutigen Gebrauch.

Bey den Römern blieben die Söhne gewöhnlich in ihrer väterlichen Gewalt, so lang sie lebten, und führten während dieser Zeit zuweilen einen Handel. Auch die Römischen Sklaven wurden häufig zum Handeln gebraucht, und ihnen zu dem Ende peculia gegeben. Heutigestags führen die Söhne, so lang sie in der väterlichen Gewalt sind, selten einen Handel für sich. Wenn ein Sohn für seine eigne Rechnung ein Gewerb treiben will, so stellt er auch seine eigne Haushaltung an, und geht aus der väterlichen Gewalt. Die peculia der Sklaven sind auch nicht gewöhnlich. Daher kann auch aus diesem Grund die actio tributoria schwerlich vorkommen. Ausserdem aber schlägt der Richter, wenn ein Concurs entsteht, Hand ein, und überläßt die Austheilung der Masse keinem Andern. Die tributorische Klage ist also ganz ungewöhnlich (*).

(*) Von der unrichtigen Anwendung L. 5. §. 15. 16. D. de tribut. act. in unsern Gerichten s. Struben rechtl. Bed. III. 108. W.

§. 1153. Von der actione de peculio.

Was peculium sey, und wie vielerley, haben wir im 9ten Titel des zweyten Buchs gehört. Wenn nun der Vater seinem Sohn, oder der Herr seinem Sklaven ein peculium profectitium gab: so konnte er auch aus den Contracten, die Sohn oder Sklave schloß, belangt werden (*1). Die Klage war adiectitiae qualitatis, hieß *actio de peculio*, und gieng dahin, daß Vater oder Herr aus dem peculio bezahlen sollten. Also nur in soweit, als das peculium reichte (peculiotenus), bekamen die Gläubiger ihre Befriedigung; auch konnte der Vater oder Herr zuvor abziehen, was er und seine übrigen filii familias oder Sklaven an den Schuldner zu fordern hatten.

(1) Also nur im Fall eines peculii *profectitii* hat die actio de peculio Statt. Hat der Sohn ein peculium adventitium, so wird der Vater als gesetzlicher administrator belangt. L. 1. C. de bon. matern.

§ 1154. Von deren heutigem Nutzen.

Die actio de peculio ist bey uns höchst selten. Wir geben den Sklaven nicht leicht peculia, und die Söhne verlassen, wie vorhin erinnert wurde, die

väterliche

väterliche Gewalt gewöhnlich, sobald sie für sich allein handeln. Sollte indessen ein Vater für seinen Sohn einen Handel etabliren, und ihn bey sich im Hause und am Tisch behalten, dieser also in der väterlichen Gewalt bleiben: so würde die actio de peculio noch Platz greifen.

§. 1155. Von der actione de in rem verso directa.

Die letzte actio adiectitiae qualitatis ist *de in rem verso*. Wenn ich mit dem Sklaven oder Sohn contrahirt habe, ohne daß der Herr oder Vater Befehl dazu gegeben, ohne daß der Sohn oder Sklave magister navis oder institor war, ohne daß merces peculiares oder peculium vorhanden sind: so kann ich doch den Herrn oder Vater noch belangen, wofern ich nur beweisen kann, daß dieselben Nutzen aus dem Contract gezogen haben (*1) — d. i. entweder ihr Vermögen dadurch vermehrt, oder irgend eine Ausgabe bestritten worden ist, die sie aus dem Ihrigen zu machen ganz vollkommen verpflichtet waren. — Z. E. wenn mir der Sohn Getreide abgekauft hat, und ich zeigen kann, daß es in des Vaters Haushaltung verwendet worden ist. Denn es wäre höchst unbillig, wenn der Herr oder Vater sich mit meinem Schaden bereichern wollten (*2). Diese Klage heißt *actio de in rem verso* und zwar *directa* (*3).

(1) Genauer wird dieses im Titel der Pandecten de in rem verso bestimmt.

(2) Wie aber, wenn ich dem Sohn etwas borge, in der Voraussetzung und unter der Versicherung des Sohnes, daß es zum Nutzen des Vaters geschehe, und jener es nicht dazu anwendet? Wenn ich nach den Umständen glauben konnte, daß der Sohn das Erborgte zu dem angegebenen Zweck verwenden werde, so hat allerdings eine Klage Statt. L. 2. et 5. C. ad Sct. Maced. (IV. 28.) Nur muß ich, wie Ulpian L. 7. §. 13. D. ad Sct. Maced. erinnert, modum probabilem nicht überschritten haben. S. *Crell.* diss. de privil. pecuniae ad rectum usum creditae ex animo dantis aestimando (Viteb. 1736.). §. 3.

(3) Verschiedene Juristen halten die actionem de peculio und de in rem verso für einerley Klagen. Diese Meynung aber widerlegt *Vinn.* ad §. 4. h. t. n. 1. — Man s. auch *I. I. Roessing* Diss. de versione in rem, et quidem eius natura, indole, et effectibus secundum principia iuris civilis. Goett. 1799. W.

§. 1156. 1157. Von der utili.

Man wendet diese Klage auch auf andere Fälle an, wenn ich mit dem A. contrahire, der B. aus diesem Contract Vortheil gezogen hat, und A. mit dem B. in einer gewissen Verbindung steht, si per conventionem aliquo modo coniunguntur, wie Hert (*1) sagt. Dahin gehört, 1) wenn ich mit einem negotiorum gestore contrahire, und der Contract für den Herrn des Geschäftes nützlich gewesen ist. Jetzt kann ich gegen diesen die *actionem de in rem verso utilem* anstellen. Dieser Fall ist in L. 7. §. 1. C. h. t. (IV. 26.) enthalten. Man stelle sich z. E. vor, daß ein Freund in meiner Abwesenheit an meinem Hause eine höchstdringende Reparatur vornehmen läßt, und deswegen

mit Zimmerleuten und Maurern Accorde schließt. Aus diesen Accorden kann ich actione de in rem verso utili belangt werden. Man verwirre also diese Klage nicht mit der actione negotiorum gestorum contraria. Diese stellt der Geschäftsführer selbst gegen den Herrn des Geschäftes an; die actionem de in rem verso aber der, welcher mit dem Geschäftsführer contrahirt hat. 2) Wenn ein socius contrahirt, ohne Ordre von den übrigen zu haben, oder der Ordre nicht gemäß contrahirt, indessen doch den Vortheil aus dem Contract der Gesellschaft zugewendet hat (*2). 3) Wenn Ehegatten zusammen eine Verschreibung ausstellen, worin sie bekennen, eine gewisse Summe erhalten zu haben, so kann nur der Mann belangt werden, wofern der Gläubiger nicht beweisen kann, daß das Geld zum eigenen Besten der Ehefrau verwendet sey (*3). Kann er diesen Beweis führen, so hat actio de in rem verso utilis gegen die Frau Statt (*4).

(1) *Io. Ierem. Hert.* diss. de rarioribus quibusdam iuris controversiis (Giess. 1713.) p. 36. sqq.

(2) L. 82. D. pro soc.

(3) Auth. si qua mul. C. ad SC. Vellei.

(4) Also nicht in allen Fällen, wo etwas aus meinem Vermögen zum Besten eines Andern verwendet worden ist, findet actio de in rem verso utilis Statt. Allein, wo diese Klage nicht eintritt, kann man sich doch zuweilen mit der condictione ex L. 32. de reb. cred. helfen (§. 1102.).

§. 1158. Wann kann der Sohn selbst aus seinen Contracten belangt werden?

Aus dem bisher Gesagten erhellet, daß Vater und Herr in sechs Fällen aus den Contracten des Sohns und Sklaven belangt werden können: 1) wenn sie den Contract befohlen oder genehmiget, oder 2) ein peculium gegeben haben. 3) Wenn Sohn oder Sklave mit Vorwissen des Vaters und Herrn gehandelt hat, und merces peculiares vorhanden sind; 4) wenn sie Schiffsmeister auf einem Schiffe des Vaters oder Herrn, oder 5) Institoren in dessen Handlung gewesen sind; endlich 6) wenn Vater oder Herr Nutzen aus ihrem Contract gezogen hat (*1). Ist keiner von diesen Fällen vorhanden: so hat keine Klage gegen Herrn oder Vater Statt. Es fragt sich aber: kann man denn den Sohn nicht selbst belangen? Man mache einen Unterschied: wenn der Sohn ein peculium militare (castrense oder quasi castrense), oder ein adventitium irregulare hat; so kann er selbst belangt werden. Hat er hingegen gar kein peculium, oder ein adventitium regulare, so kann er nicht eher belangt werden, als bis er von der väterlichen Gewalt frey ist. Ich sage, wenn er gar kein peculium oder ein adventitium *regulare* hat. Denn obgleich dieses sein eigen ist, so ist doch der Vater der gesetzliche administrator desselben, und hat den Nießbrauch davon; der Sohn kann also ohne Consens des Vaters über dieses peculium nicht disponiren, und dem Vater seinen Nießbrauch

nicht schmälern (**). Etwas besonders ist bey dem Darlehnscontract Rechtens, wenn ihn ein filius familias schließt.

(1) Zuweilen concurriren mehrere dieser Klagen, wie die Juristen reden, *elective*, d. i. der Gläubiger hat die Wahl zwischen mehreren. Man denke sich den Fall: der Vater hat seinem Sohn ein peculium gegeben, hat ihm befohlen, mir etwas abzukaufen, der Sohn kauft die Sache, und wendet sie zu des Vaters Nutzen an. Jetzt habe ich die Wahl unter drey Klagen, der actione venditi de peculio, der act. vend. quod iussu und der act. vend. de in rem verso.

(2) *Stryk* V. M. tit. de pecul. §. 6.

§. 1159. Vom Macedonianischen Rathsschluß.

Nemlich ein Römisches Gesetz, der Macedonianische Rathsschluß verordnet, daß kein filius familias ein Gelddarlehn nehmen, und daß der, welcher ihm dergleichen giebt, weder bey Lebzeiten noch nach dem Tode des Vaters befugt seyn soll, es wieder zu fordern; das *nomen*, wie das Gesetz sagt, das heißt, die Schuld, soll nicht *bonum* werden, nicht gültig, nicht exigibel, ex-spectata patris morte. Die Veranlassung dieses Gesetzes war, daß viele filii familias in Rom durch solche Geldvorschüsse zu Liederlichkeiten Nahrung erhielten, sich in Schulden stürzten, die Väter bestahlen, und ihnen wohl gar nach dem Leben standen. Ob das Gesetz unter K. Claudius, oder unter Vespasian gemacht, und ob es einem liederlichen Sohne, der Macedo hieß, oder einem Wucherer, der diesen Namen führte, zu Ehren Macedonianum genannt worden sey, ist zweifelhaft und unerheblich (**).

(1) *Schulting* thes. controv. dec. 54 th. 2. Unpartheyische Critik über jurist. Schriften. 3. B. 32 S. *Walch* ad *Hopp.* h. t. §. 7. Uebrigens hat wohl der Macedonianische Rathsschluß nichts ganz Neues verordnet. Denn auch vorher konnte der Gläubiger aus einem dem Sohne gegebenen Darlehn weder diesen noch den Vater belangen. *Hommel* diss. de usu hod patr. potest. rom. cap. 2. §. 48. *Idem* in diss. de mutuo filii familias iam ante SC. Maced. invalido. — Vergl. überhaupt über das Geschichtliche dieser Gesetzgebung *A. Guil. Crameri* Vespasianus, s. de vita et legislat. T. F. Vespas. Imp. comment Ienae 1785. und zugleich zur nähern Erläuterung einiger schwierigen Gesetzstellen *C. G. Hübner* ad S. C. Macedonianum Lipsiae 1798. Immer bleibt der improbus Macedo, dessen in L. 1. D. de S. C. Macedon. Erwähnung geschieht, und *occasio* legis, und ist mit dem Grunde desselben nicht zu verwechseln. Das Senatusconsult ist daher bey der Geldanleihe eines Schuldners, der noch unter väterlicher Gewalt steht, allgemein anwendlich, ohne daß es auf die Eigenschaften ankommt, welche jenes Individuum auszeichneten. W.

§. 1160. Weitere Erklärung dieses Gesetzes.

1) Dieses Gesetz wurde also nicht sowohl zum Vortheil der Söhne, als vielmehr der Väter und aus Haß gegen die Wucherer gemacht. Der Sohn kann daher diesem Gesetz nicht gültig renunciiren, wohl aber der Vater. 2) Es giebt nur eine Exception, keine Action; das heißt, wenn der Vater oder Sohn aus

dem Darlehn belangt werden: so können sie die Einrede des Macedonianischen Rathsschlusses vorschützen. Wenn aber der Sohn ein Darlehn genommen, und er selbst, oder der Vater das Geld wieder bezahlt haben: so können sie es nicht zurückfordern. 3) Das Gesetz geht blos auf Geldvorschüsse (mutuum pecuniarium), nicht auf andere Arten von Darlehn, noch weniger auf andere Contracte, z. E. Kauf-, Tausch-, Miethcontract u. s. w., wenn sie nur nicht in der Absicht, den Macedonianischen Rathsschluß zu vereiteln, geschlossen worden sind (*1).

(1) Dieses zeigt Weber von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 65.

TIT. VIII.
DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

§. 1161. 1162. Uebergang zu diesem Titel.

Die im vorigen Titel vorgetragenen Klagen entstanden aus Contracten des Sohns oder Sklaven. Wie aber, wenn diese Personen ein Delict begehen, kann daraus Vater oder Herr belangt werden? Entweder ist das delictum publicum, oder privatum. Im ersten Fall kann der Vater und Herr nicht belangt werden, insofern er ausser aller Schuld ist, sondern der Sohn und Sklave wird mit der gebührenden Strafe belegt. Ist das delictum hingegen privatum, so kann der Vater und Herr nach dem alten Römischen Recht noxaliter belangt werden. Nach den neuen Gesetzen hat diese Klage nur gegen den Herrn, nicht mehr gegen den Vater Statt, wie wir §. 1165. hören werden.

1163. 1164. Was ist noxia, noxa, actio noxalis?

Noxia nemlich heißt ein Schade, der mir durch ein Privatdelict oder Quasidelict eines Sklaven zugefügt wird; der Sklave selbst, der den Schaden thut, heißt *noxa* (*1). Doch wird auch noxa zuweilen für den Schaden genommen. Actio noxalis endlich ist die Klage, die der Beschädigte gegen den Herrn des Sklaven auf Ersetzung des Schadens anstellt. Will der Herr den Schaden nicht ersetzen, so muß er den Sklaven dem Kläger abtreten. Die Römischen Gesetzgeber halten es für billig, daß der Herr, da er allen Nutzen von dem Sklaven zieht, auch den Schaden ersetzen müsse, welchen der Sklave einem Andern zufügt. Sie halten es aber zugleich für hart, daß der Herr denjenigen Schaden ersetze, der den Werth des Sklaven übersteigt. Noch bemerke man: 1) insgemein heißt es, durch die Noxalklage fordere man entweder die Ersetzung des Schadens, oder die Abtretung des Sklaven. Dieß ist nicht ganz richtig. Wenn der Herr actione noxali belangt wird, so hat er die Wahl, ob er den Schaden ersetzen, oder den Sklaven an Zahlungsstatt geben (noxae dare) will. Aber eigentlich kann doch der Beschädigte nicht verlangen, daß

man ihm den Sklaven gebe (*2). Noxae datio non est *in actione*, wie die Juristen sagen, sed *in solutione* (*3). 2) Die Römischen Gesetze sagen: noxa oder actio noxalis caput sequitur. Sie wird jedesmal gegen den angestellt, welcher jetzt Herr des Sklaven ist. Wenn ich einen Sklaven, der Schaden gethan hat, verkaufe, so wird die Noxalklage gegen den neuen Herrn angestellt. Manumittire ich ihn, so wird er selbst belangt (*4).

(1) So sagt Justinian §. 1. I. si quadrup. Gar oft heißt aber auch der Schaden, den ein Sklave oder Thier zufügt, noxa. *Brisson*. de verb. signif. voc. *noxa*. *Duker* de latinit. vet. Ictor. p. m. 8. sqq. *Heineec*. ad *Brisson*. l. c.

(2) L. 6. §. 1. D. de re iud.

(3) Anderer Meynung sind *Hellfeld* iurispr. for. §. 712. und *Io. Aug. Reichardt* diss. de casu obligat. tollente. §. 12. Aber die angeführte Stelle ist entscheidend.

(4) §. 5. I. h. t.

§. 1165. 1166. Was ist Rechtens bey den Vergehungen der filiorum familias?

Nach dem alten Römischen Recht konnte man die Kinder eben so gut noxae geben, als die Sklaven (§. 101.). Sie kamen dadurch in die Sklaverey; wenn sie indessen frey gelassen wurden, so erlangten sie die Rechte freygebohrner Menschen (ius ingenuitatis) wieder (§. 68.). In den neuen Gesetzen aber ist die noxae datio der Kinder aufgehoben (§. 103.). Wenn die Kinder ein Privatdelict begehen, so haben sie entweder ein peculium profectitium, oder nicht. Im ersten Fall klagt man gegen sie selbst; und wenn sie condemnirt werden, stellt man actionem iudicati gegen den Vater an, daß er aus dem peculio bezahle. Haben sie kein peculium profectitium, aber ein castrense, oder quasi castrense, oder adventitium irregulare: so können sie ebenfalls selbst belangt werden, und müssen es aus ihrem peculio bezahlen. Endlich wenn sie ein peculium adventitium regulare besitzen, so klagt man gegen sie, und bittet zugleich, den Vater anzuhalten, daß er aus dem peculio adventitio den Schaden ersetze. Hier kann also der Vater die Ersetzung des Schadens nicht verweigern, ob ihm gleich dadurch sein Nießbrauch vermindert wird.

§. 1167. Vom heutigen Gebrauch.

Wenn ein Bedienter oder eine Magd durch ein Delict Schaden thun, so muß man sie selbst belangen; gegen den Herrn hat keine Klage Statt, insofern er bey dem Delict auf keine Weise concurrirt hat. Eben dieß ist bey den Leibeignen Rechtens. Ist übrigens der Bediente, die Magd, der Leibeigene nicht im Stande, den Schaden zu ersetzen: so werden sie desto härter mit Gefängniß oder Leibesstrafe gezüchtigt (corpore et corio solvunt). Bey wirklichen Negersklaven endlich hat das Römische Recht, meines Erachtens, noch seine Anwendung (vergl. §. 70.).

TIT. IX.

SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR.

§. 1168. Was ist pauperies?

Pauperies heißt nach dem gemeinen lateinischen Sprachgebrauch bekanntlich Armuth. Bey den Juristen aber hat dieß Wort eine ganz eigne Bedeutung. Sie verstehen unter pauperies den Schaden, welchen mir ein unvernünftiges, einem Andern zugehöriges Thier zufügt. Ulpian und Justinian an den angeführten Stellen sagen: pauperies est damnum *sine iniuria facientis* datum. Nec enim potest animal iniuriam fecisse dici, quod sensu *caret*; das ist, ein Thier kann weder recht, noch unrecht handeln, da es keine *Vernunft* hat. Allein nach dieser Definition wäre der Schade, den mir ein unvernünftiges Kind, ein Rasender, oder auch Jemand aus Nothwehr (§. 1047.) zufügt, ebenfalls pauperies. Die Definition ist also zu weit. Ob übrigens gleich der Schaden, welchen mir das Thier eines Andern thut, pauperies heißt, so wird er doch oft auch noxa und noxia, also auch die daher entstehende *Klage actio* noxalis genannt (*1).

(1) pr. I. h. t.

§. 1169. Was ist actio de pauperie?

Nicht wegen jeder pauperies kann die actio de pauperie directa angestellt werden; sondern diese Klage hat nur alsdann Statt, wenn ein vierfüßiges Thier gegen die Natur dieser Thierart, ungereizt Schaden thut. Wenn dieser Fall vorhanden ist, so wird die Klage vom Beschädigten und dessen Erben gegen den, der zur Zeit der Litiscontestation Eigenthümer des Thiers ist, dahin angestellt, daß er den Schaden ersetze. Will er dieß nicht, so ist er befugt, das Thier zum Ersatz zu geben (*1). Nur muß er nicht wissentlich geläugnet haben, daß das Thier sein gehöre; denn in diesem Falle muß er den Schaden schlechterdings ersetzen (tenetur in solidum). Der Grund dieser Verordnungen ist derselbe, wie bey den Sklaven. Wer ein Thier besitzet, zieht allen Nutzen davon; er muß also auch die Beschwerlichkeiten übernehmen, folglich den Schaden ersetzen, den es thut (*2). Da aber ein jeder Eigenthümer seine Sache derelinquiren kann, wenn sie ihm mehr Schaden als Nutzen bringt: so hat auch der Eigenthümer eines Thiers diese Befugniß.

(1) Also auch hier kann eigentlich nicht alternativisch geklagt werden, daß der Eigenthümer entweder den Schaden ersetze, oder das Thier abtrete (§. 1165)

(2) Die Römischen Gesetzgeber raisonniren so. Ob nach dem Naturrecht dieses Argument gültig sey; davon ist hier nicht die Frage.

§. 1170. Genauere Bestimmung der Fälle, wo diese Klage Statt findet.

Wenn also 1) der Beschädigte das Thier gereizt hat, so kann er nicht kla-



gen. 2) Ist der Herr des Thiers, oder ein Dritter, z. B. der Hirt, schuld an dem Schaden: so können sie aus dem Aquilischen Gesetze belangt werden. L. 1. §. 4. und 6. D. h. t. (§. 1059.). Insonderheit in dem Fall, wenn Jemand ein reissendes Thier nahe an der Straße liegen hat, wo vorbey gewandelt wird, und das Thier Schaden thut: so kann er vermöge des Edicti aedilitii auf den doppelten Ersatz belangt werden (*1). Nach den Gesetzen der zwölf Tafeln war es ein Capitalverbrechen, wenn ein mündiger Mensch bey Nacht Vieh auf einen fremden Acker trieb (*2). Wer sein Vieh bey Tage auf einen agrum publicum trieb, wurde auf eine Geldstrafe (*3), wer es auf ein Privatgrundstück gehen ließ, aus dem Aquilischen Gesetze belangt (*4). 3) Die actio de pauperie directa, kann nur angestellt werden, wenn ein vierfüssiges Thier Schaden thut. Wenn ein zweyfüßiges Thier, Hühner, Tauben u. dgl. Schaden thun, so hat nur actio de pauperie *utilis* Statt (*5). 4) Die actio de pauperie directa setzt ferner voraus, daß das Thier auf eine bey dieser Thierart nicht gewöhnliche Art Schaden gethan hat, z. E. das Pferd hat geschlagen, der Hund gebissen, der Ochs gestossen. Thut ein Thier eine solche Art Schaden, die bey dergleichen Thieren gewöhnlich ist, und zwar a) durch Abweiden, Wegfressen, so hat actio de pastu, oder actio in factum Statt; actio de pastu, wenn mein Thier auf ein fremdes Grundstück geht, und dort weidet; actio in factum, wenn das Thier auf seines Herrn Grund, z. E. in seiner Scheune, seinem Hof Sachen frißt, die mein gehören. Ist b) der Schaden nicht durch Abweiden oder Wegfressen geschehen, z. E. eines andern Hund beißt mir meine Kaninchen todt, so mag wohl actio de pauperie utilis Statt gefunden haben. Daß mir heutigestags eine Klage zustehe, leidet keinen Zweifel (*). Nur das ist wohl zu bemerken, daß in dem Fall, wenn ein wildes Thier Schaden thut, der Herr nicht schuldig ist, denselben zu ersetzen; vorausgesetzt, daß er ausser Schuld ist: si genitalis est feritas, sagt Justinian (*6), actio cessat. Denn vor einem wilden Thier muß man sich hüten; wer das nicht thut, ist selbst schuld an seinem Schaden. Man sehe die 69. Tabelle.

(1) Wenn nemlich der Schaden an einer ästimablen Sache geschehen ist: Si nocitum *libero homini* esse dicatur, quod bonum et aequum iudici videtur, tanti dominus condemnetur, heißt es §. 1. l. h. t. Ist ein freyer Mensch umgekommen, so wird auf 200 solidos geklagt. L. 42. D. ad aedilit. Ed. Man s. *Io. Leonh. Wintgens* diss. de animalibus ferocibus, qua vulgo iter fit, non habendis, in *Oelrichs* thesaur. diss. Belgicar. vol. 1. tom. 2.

(2) *Plin.* hist. nat. lib. 18. cap. 3.

(3) L. 2. C. de pasc. publ. (XI. 60.)

(4) L. ult. C. de L. Aquil. (III. 35.)

(*) Bey den beyden hier angeführten Fällen a. u. b. ist Thibaut in den Versuchen über die Theor. d. Rechts II. 18. vorzüglich nachzusehen. Er hat sehr

einleuchtend gezeigt, daß außer dem Falle, da das Thier in fundo alieno durch Weiden, oder auf andere Art Schaden gethan hat, gegen den Eigenthümer desselben gar keine Klage Statt finde, so bald nämlich von Beschädigungen die Rede ist, die bey dieser Thierart gewöhnlich sind (secundum naturam sui generis) und wobey dem Eigenthümer nicht besonders eine Schuld oder unerlaubter Vorsatz zur Last fällt, wovon eigentlich in L. 14. §. 3. D. de praescript. verb. die Rede ist. Dieß Gesetz kann also der gemeinen Meynung nicht zu statten kommen. Vielmehr steht dieser entgegen, daß sie ausdrücklich nirgends im Civilrechte bestätigt ist, daß aber die analogische Schlußfolge gerade hier, wo von einer an sich nicht verschuldeten, mithin von der Regel des Rechts im Ganzen abweichenden Verantwortlichkeit die Rede ist, nicht füglich zu billigen seyn dürfte. W.

(5) Boileau wurde als Kind von einem kalekutischen Hahn an heimlichen Orten dergestalt verwundet, daß es ihm sein ganzes Leben durch anhing. Daher, sagt Helvetius, kam seine Abneigung gegen das weibliche Geschlecht, seine épitre sur l'amour de Dieu, und sein Haß gegen die Jesuiten, weil diese die welschen Hahnen nach Frankreich gebracht haben.

(6) Pr. I. t. *Vinn.* ad d. l. behauptet zwar, es finde actio de pauperie utilis Statt. Ich kann ihm aber darin nicht beypflichten.

§. 1171. Heutiger Gebrauch dieser Klagen.

An den meisten Orten sind die bisher erklärten Regeln des *Römischen* Rechts angenommen; und wenn Einige behaupten, daß die Erlaubniß, das schädliche Thier zum Ersatz des Schadens zu geben, heutigestages wegfalle: so ist es ein Irrthum (*1). Im Sachsenspiegel aber ist die besondere Verordnung, daß der Eigenthümer eines Thieres, wenn es Schaden thut, es sey wild oder zahm, denselben schlechterdings ersetzen muß, und das Thier nicht an Zahlungsstatt geben kann, wofern er es nicht sogleich, sobald er Nachricht von dem Schaden erhält, austreibt und derelinquirt.

(1) *Stryk* us. mod. h. t. §. 4. 5.

§. 1172. Insonderheit der actionis aedilitiae.

Die Klage aus dem Edict des Aedilis gegen den, der ein reissendes Thier zu nahe an der Straße hält, auf den doppelten Schadensersatz, findet bey uns nicht Statt. Wenn ein solcher Fall passirt, so klagt man nur auf das Einfache; aber die Obrigkeit dictirt dem Eigenthümer des Thiers noch eine Geld- oder Gefängnißstrafe, nach dem seine Nachlässigkeit groß, und der Schaden beträchtlich ist.

§. 1173. Von der Pfändung.

In Deutschland giebt es noch ein Mittel gegen den Schaden, den einem fremde Thiere zufügen: die Pfändung, *pignoratio, inclusio animalis*. Ob es bey den Römern erlaubt gewesen sey, ist zweifelhaft. Feltmann und Cocceji (*1) bejahen es, es läßt sich aber nicht erweisen (*2). Wenn ich nemlich fremde Thiere auf meinem Grundstück antreffe, die im Begriff sind,

mir

mit Schaden zu thun: so bin ich befugt, sie zu fangen, einzutreiben und zu behalten, so lange bis mir der Eigenthümer den Schaden ersetzt. An einigen Orten hat man einen öffentlichen Pfandstall, wo alle dergleichen Thiere hingetrieben werden; an andern Orten aber treibe ich sie in meinen eigenen Stall (*3). Nun taxirt der Richter den Schaden, und condemnirt den Eigenthümer, nicht nur diesen, sondern auch die Fütterungskosten zu ersetzen. Befolgt er diesen Befehl nicht, so wird das Thier verkauft, der Betrag des Schadens und der Kosten vom Kaufgeld abgezogen, und der Ueberrest dem Eigenthümer zugestellt.

(1) *Feltmann* de inclusione animalium, cap. 1. *Cocceii* iur. controv. tit. si quadrupes qu. 2.

(2) Man s. vielmehr L. 39. §. 1. D. ad Leg. Aquil. *Leyser* sp. 111. med. 1. *Car. Ferd. Hommel* diss. de pignoratione et custodia animalium, pauperiem facientium, cap. 2. p. 7 sqq. Ein anderes wäre freylich das einstweilige Anhalten des Viehes, bis man den unbekannten Eigenthümer desselben entdeckte. *Voet* comment ad Pand. IX, 1. 3.

(3) Daß das Pfand dem Richter überliefert werde, ist nach allgemeinen Deutschen Gesetzen nicht erforderlich. Strube rechtl. Bed. 2. Band, 61. Bed. S. auch *Müller* ad *Leyser*. Tom. 6. Fascic. 1 p. 237. sqq. — — Man vergleiche übrigens hiebey überhaupt Runde Grundf. des Deutschen Privatrechts §. 222. und Danz im Handbuche Ebendas. Th. 2. W.

TIT. X.

DE HIS PER QUOS AGERE POSSUMUS.

§. 1174. Was ist ein Procurator?

Procurator, Sachwalter heißt hier ein gerichtlicher Bevollmächtigter, einer, der in meinem Namen einen Proceß führt. Nach dem Römischen Recht war er *dominus litis*, das heißt, er wurde nicht als Bevollmächtigter, sondern als Principal angesehen; es war, als ob er den Proceß nicht in fremdem Namen, sondern in seinem eignen führe. Der Grund dieser Fiction lag darin, weil nach dem alten Römischen Recht, vermöge der Grundsätze, welche §. 205. und 435 vorgekommen sind, keine Procuratoren vor Gericht zugelassen wurden, und man sie in den neuern Zeiten doch zulassen wollte. Man schicanirte also die alten Gesetze durch eine Fiction. Die Folgen von dem dominio litis waren, daß der Procurator, nachdem er einmal durch die Litiscontestation den Proceß, als den seinigen übernommen hatte, nach Gefallen, einen andern an seine Stelle setzen; daß er auch nach dem Tode des Principals den Proceß continuiren; daß die Vollmacht vom Principal nicht anders, als aus wichtigen Ursachen, und nach vorausgegangener Untersuchung revocirt, auch nicht auf andere Weise vom Procurator aufgekündigt werden konnte; daß die Sentenz auf den Namen des Procurators gerichtet wurde; endlich daß actio iudicati sowohl von ihm als gegen ihn angestellt werden

konnte,
strenge
(*)
nä
to
sı
sc

trifft,
tion
Daß
dan

hie
Re
R
A
is
i
e
r

§. 1178. Heutiger Gebrauch.

Man hat darüber gestritten, ob die Procuratoren auch in Deutschland domini litis seyen. Nun ist zwar richtig, einige Reichsgesetze reden noch vom dominio litis, z. E. R. A. von 1507. in der Rubrik. Deput. Absch. von 1600. §. 99. Cammergerichtsordnung part. I. tit. 14. §. nach dem sich. Daher glaubt Berger (*1), daß es in Deutschland Statt finde. Allein die Wirkungen desselben fallen gänzlich weg. Der Procurator kann nicht substituiren, wenn es ihm nicht ausdrücklich erlaubt ist; die Vollmacht erlischt mit dem Tode des Principals, wenn sie nicht ausdrücklich auf die Erben gerichtet ist; der Procurator kann nach Belieben dem Mandat renunciiren, und der Principal es revociren; in der Sentenz wird der Name des Principals selbst genannt, und die actio iudicati kann weder von dem Procurator, noch gegen ihn angestellt werden. Böhmer (*2) behauptet daher mit Recht, daß das dominium litis heutigestags ein leerer Name sey.

(1) *Berger* diss. de dominio litis, in diss. selectis, n. 32.

(2) *Boehmer* diss de dominio litis, Exerc. ad Pand. tom. 2. num. 32. und in iur. eccl. protest. lib. 1. tit. 38. §. 15. 299.

TIT. XI.

DE SATISDATIONIBUS.

§. 1179. Ursache der gerichtlichen Cautionen.

Den litigirenden Partheyen ist daran gelegen, ne iudicia fiant elusoria; das heißt, der Kläger muß Sicherheit haben, daß er das durch den Proceß erstrittene Recht am Ende auch wirklich erhalte; und der Beklagte, daß, wenn er den Proceß gewinnt, und der Kläger in die Unkosten condemnirt wird, diese erhalte; auch Sicherheit, daß sich der Kläger auf die Wiederklage einlassen werde (§. 1234.). Daher verlangen die Partheyen im Proceß Cautionen voneinander.

1180. Was ist Caution, und wie vielerley?

Caution, Vorstandsleistung ist, wie wir oben (§. 231.) gehört haben, Sicherheit, die man Jemanden wegen einer zu erfüllenden Verbindlichkeit aus dem Grund leistet, weil zu besorgen ist, daß man die Verbindlichkeit nicht erfüllen werde. Z. E wenn Jemand zum Vormund bestellt wird, und man nicht versichert ist, daß er gut haushalten werde: so muß er Bürgen stellen. Er ist verbunden, nemlich gut zu administriren; man ist nicht versichert, daß er es thun werde, also es ist Besorgniß vorhanden, er stellt daher Bürgen, und diese geben dem Pupillen Sicherheit. Die Caution überhaupt kann durch Bürgen, durch Pfänder, durch Gefängniß, durch einen

Eyd, und durch bloßes Versprechen geleistet werden. Durch einen Eyd; wenn z. E. mein Schuldner abreisen will, und nicht im Stand ist, durch Bürgen oder Pfänder Caution zu leisten, ich ihn auch nicht arretiren lassen will: so kann ich eine eydliche Versicherung, daß er binnen einer gewissen Zeit zahlen wolle, verlangen. Durch Gefängniß; z. E. wenn ich meinen flüchtigen Schuldner verfolge, und ihn an einem fremden Ort arretiren lassen will, wo man mich nicht kennt: so kann er in Ermangelung Anderer Sicherheit fordern, daß ich bis nach ausgemachter Sache auch im Arrest bleibe. Durch bloßes Versprechen; dieß wird z. E. bey gerichtlichen Cautionen angenommen, wenn Jemand mit liegenden Gütern angesessen ist.

§. 1181. Wann wird die Caution im Gericht geleistet?

Nach dem Römischen Recht mußte der Beklagte Caution a) de iudicio sisti, und b) de lite ad exitum usque continuanda leisten; er mußte caviren, daß er sich auf jedesmalige Citation stellen, und den Proceß bis ans Ende fortsetzen wolle. In Realklagen mußte er auch c) Caution iudicatum solvi stellen, daß er das Object des Processes herausgeben wolle, sobald er dazu würde condemniret werden. Der Kläger hingegen cavirte: a) daß er innerhalb zwey Monaten, vom Tage der übergebenen Klagschrift an, litem contestiren, b) den Proceß nicht liegen lassen, und c) im Fall er verlieren würde, den zehenten Theil vom obiecto litis als Kostenersatz bezahlen wolle. Heutigestages leistet der Beklagte, der Regel nach, keine Caution (*1). Der Kläger aber leistet, wenn er unter dem Gerichte, oder wenigstens, wie einige Rechtslehrer behaupten, in dem Lande, wo der Proceß vorkommt, mit unbeweglichen Gütern nicht angesessen ist, Caution a) de expensis, bisweilen auch b) de reconventione, und c) de lite prosequenda. Nämlich wenn ich Jemand belange, so kann er der Regel nach, wenn ich nicht angesessen bin, von mir a) Caution de expensis fordern, d. h. Sicherheit, daß ich, wofern ich verlieren und in die Kosten verurtheilt werde, sie dem Beklagten ersetzen will. Dieß ist deswegen nöthig, weil es unbillig seyn würde, den Beklagten ohne diese Sicherheit zu der mit manchen Kosten verknüpften gerichtlichen Verhandlung der Sache zu nöthigen. Er kann aber bisweilen auch b) Caution pro reconventione verlangen, wenn ich nämlich in einem Gericht klage, dem ich nicht unterworfen bin, unter dem aber mein Gegner steht; z. E. ich wohne im Amt A. und belange einen Bauer im Amte B. vor diesem Amte B., so kann er in dem Fall, daß er eine Widerklage gegen mich hat, die nicht eher, als nach entschiedener Klagsache kann angestellt werden, Caution dafür verlangen, daß ich mich künftig hierauf gehörig einlassen wolle. Denn die Regel ist zwar: wenn ich vor einem Gericht geklagt habe, und mein Gegner eine Gegenklage hat: so muß ich mich vor demselben Gericht einlassen, an dem ich die Klage ange-

bracht habe, ob ich gleich sonst darunter nicht stehe (§. 1234.). Zuweilen aber kann die Gegenklage nicht eher anhängig gemacht werden, als bis die Klage geendigt ist. Z. E. wenn ich einen actione furti belange, so kann er eine Gegenklage anstellen (actionem iniuriarum), aber nicht eher, als bis der erste Proceß geendigt, und er absolvirt ist. Damit er nun versichert sey, daß ich mich vor dem Richter, wo die Klagsache gehängt hat, einlassen werde, kann er Caution fordern, und diese heißt cautio pro reconventione. c) Die Caution *de prosequenda lite* muß der Kläger alsdann stellen, wenn er durch seinen Ungehorsam vor der Litiscontestation es veranlaßt hat, daß der Beklagte vorjetzt von der bisherigen Rechtsverfolgung des Klägers freygesprochen worden (absolutio ab instantia), und er, der Kläger, nunmehr den Proceß von neuem anfangen will.

(1) Die Ausnahmen, wenn besondere Gründe des Verdachts der Flucht rc. gegen ihn eintreten, s. bey *Boehmer* in introd. in ius. dig. lib. 2. tit. 8. §. 10.

TIT. XII.

DE PERPETUIS ET TEMPORALIBUS ACTIONIBUS ET QUAE AD HEREDES ET IN HEREDES TRANSEUNT.

§. 1182. Grund der Extinctivpräscription.

Wir haben oben (§. 393.) gehört, daß die Verjährung entweder eine adquisitive oder extinctive ist: ferner wie diese beyde Gattungen verschieden sind. Die extinctive kommt unter andern bey den Klagen vor. Von dieser extinctiven Verjährung der Klagen handelt der gegenwärtige Titel (*).

Ihr Grund liegt darin: dem Staate ist daran gelegen, daß die Klagen binnen gewisser Zeit angestellt werden. Denn werden sie zu lange verschoben, so kommt die Sache in Vergessenheit; die Zeugen, wodurch sie könnte aufgeklärt werden, sterben weg; die Documente gehen verlohren. Daher hat das Römische Recht jeder Klage einen gewissen Termin gesetzt. Binnen diesem muß sie angestellt werden. Verfließt diese Zeit, so ist die Klage erloschen, und kann nicht mehr angestellt werden. Das Römische Recht erfordert zu dieser Verjährung keine bonam fidem. Nach dem Canonischen Recht aber, nemlich C. fin. X. de praescript. ist dieselbe erforderlich, und zwar nach der richtigern Meynung ohne allen Unterschied (*1).

Nur fragt es sich, ist ein jeder in mala fide, welcher weiß, daß er dem Andern zu etwas verbunden ist, oder kommt ein Schuldner erst in malam fidem, wenn die Schuld gefordert wird? Man mache einen Unterschied: entweder a) ist die Rede von einer Verbindlichkeit, die ich von freyen Stücken erfüllen muß, weil es sich von selbst versteht, und ich vernünftiger Weise annehmen muß, daß der Andere die Erfüllung verlange; oder b) von einer solchen, die ich nicht eher

zu erfüllen schuldig bin, bis es ein Anderer verlangt, indem ich nicht weiß, ob der Andere sein Recht gegen mich verfolgen will oder nicht. Z. E. Einer, welcher Geld geborgt hat, ist schuldig, es wieder zu bezahlen, auch ohne daß der Gläubiger es fordert. Hingegen wer einen Andern in einem Kaufe über die Hälfte lädirt hat, ist nicht verbunden, ihn zu entschädigen, so lang dieser es nicht ausdrücklich verlangt. Im ersten Fall macht die bloße Wissenschaft, daß ich schuldig bin, malam fidem, im letzten nicht (*2).

Die Verjährungszeit bey den Klagen fängt von der Zeit an, da die Klage entsteht (actio nondum nata nondum currit). Z. E. die Verjährungszeit bey der Rei-Vindication fängt von dem Augenblick an, da meine Sache in fremde Hände kommt; bey der actione emti, von dem Tage an, da der Kauf abgeschlossen worden ist u. s. w. Wie ist es aber bey dem Darlehn, wann fängt die Verjährung der condictionis ex mutuo an zu laufen? Man mache einen Unterschied: entweder ist ein Termin der Zurückzahlung festgesetzt oder nicht. Im ersten Fall fängt die Zeit von diesem Termin zu laufen an. Im letzten hingegen läuft die Präscriptionszeit nicht eher, als bis der Schuldner gemahnt worden ist (*3).

(*) Von dieser Verjährung der Klagen handelt ausführlich Thibaut über Besitz und Verjährung II. §. 42. 2c. W.

(1) Das angeführte Capitel sagt: quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque *bona fide* praescriptio, tam canonica quam civilis; cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei *habeat conscientiam alienae.* Ueber den wahren Sinn dieses Textes ist ein großer Streit unter den Rechtsgelehrten. Die verschiedenen Meynungen erzählt mein Vater *Io. Ern. Höpfner* in seiner Diss. de necessario bonae fidei ad praescriptionem actionum personalium requisito, (Giss. 1744.) §. 17. sqq. Einige schränken die päbstliche Verordnung auf die adquisitive Verjährung oder auf die Realklagen ein, und behaupten, daß bey der Verjährung der Personalklage kein guter Glaube erforderlich sey. *Lud. Mencken* diss. an requiratur bona fides in praescript. actionum personalium th. 18. sqq. Andere nehmen an, daß der gute Glaube nur alsdann nöthig sey, wenn der, welcher verjähren will, zugleich eine fremde Sache besitze. *Wernher* part. 1. obs. 183. *Boehmer* I. E. P. lib. 2. tit. 26. §. 54. sqq. Also die b. f. sagen sie, ist z. B. erforderlich, wenn die actio commodati, depositi, pignoratitia directa, locati verjährt werden soll. Denn der Commodatar 2c. besitzt eine fremde Sache. Sie ist nicht erforderlich, wo kein Besitz einer fremden Sache vorliegt, z. E. die actio ex mutuo, actio emti, conducti kann verjährt werden, wenn gleich der Käufer, der Miethsmann nicht in b. f. sind. Noch Andere haben wieder andere Meynungen. Meines Erachtens ist der gute Glaube ohne Unterschied bey jeder Extinctivverjährung nöthig, und der Text des Canonischen Rechts ist ganz allgemein zu verstehen. Dieß haben *Leyser* sp. 455. med. 8. *Pufendorf* Tom. I. Obs. 115. *Höpfner* l. c. §. 15. sqq. *Westphal* Diss. de indole bonae fidei

in praescriptionibus §. 17. sqq. *Oelze* diss. (praes. *Schmidt*) de litterar. obligat. cap. 1 §. 10. sqq. Strube rechtl. Bed. 4 Th. 127. Seite. *Müller* ad *Leyser* Obs. 724. gründlich erwiesen. Der Grund des Gesetzes, omne quod non est ex fide, est peccatum, ist allgemein. Das Wort *unde* zeigt, daß die Disposition durch die Schlußworte nicht eingeschränkt werden soll. Eine Summe, die ich dem Andern schuldig bin, heißt auch *aes alienum*; wer also weiß, daß er eine Summe schuldig ist, hat conscientiam rei alienae.

(2) *Engel* colleg. iur. can. lib. 2. tit. 26. n. 18. *Oelze* l. c. §. 18. sqq. — — Eben daher kann auch der Verkäufer, welcher den Wiederkauf der Sache zu verlangen zwar berechtigt ist, aber binnen rechtlicher Frist, dieß Recht nicht geltend macht, sich damit nicht schützen, daß der Käufer hiebey in mala fide gewesen sey, obgleich *Hellfeld* iurisprud. forensi §. 998. fin. ihm solches zugesteht. W.

(3) *Heimburg* diss. de chirographo post XXX. adhuc annos valido §. 23. sqq. — —. Ueberhaupt wird aber hier die Vollendung der Verjährungszeit nicht so begünstigt, wie bey der Usucapion L. 6. u. 7. D. de usurpat. et usucap. (§ 398.), sondern sie muß im eigentlichen Verstande gänzlich abgelaufen seyn. L. 6. D. de obl. et act. verb. In omnibus temporalibus actionibus (nach dem Rechte des Codex ist aber keine Klage im eigentlichen Sinne des Worts perpetua) (§. seq.) nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem. Die rechtliche Dauer der Klagen, mithin ihre Verjährung, fängt übrigens von der Zeit an, da eine rechtliche Möglichkeit zur Anstellung derselben vorhanden war; si actio nata, mithin eine unbedingte Verpflichtung existirt. L. 7. §. 4. C. de praescript. XXX. vel XL annor. L. 1. §. ult. C. de annali except. Diesen Grundsatz bestreitet im Allgemeinen Niemand, allein in der nähern Anwendung sind die Meynungen oft sehr verschieden. Thibaut über Besitz und Verjährung II. 43. 122. sucht die Sache etwas näher zu bestimmen. „Die Klagen, sagt „er, sind nur zu dem Zweck eingeführt, um durch richterliche Hülfe wider„rechtliche Anmaßungen aufzuheben. Die Verjährung soll nicht dazu dienen, „bestehende völlig gesetzmäßige Verhältnisse zu vernichten und abzukürzen, „sondern ihr Zweck ist, ewigen Rechtsstreiten vorzubeugen, also widerrechtliche „Zustände zu schützen. Wenn daher das positive Recht auch gestattet, ein „Recht durch eine Klage zu verfolgen, gegen welches sich bisher Niemand wider„rechtliche Anmaßungen erlaubte; so kann doch die Verjährbarkeit der Klage „während dieses von beyden Seiten legalen Zustandes nicht Statt finden.“ Hieraus wird nun unter andern gefolgert, daß das Wiedereinlösungsrecht des Verkäufers, welcher sub pacto de retrovendendo verkauft hat, erst mit dem Augenblicke verjährbar werde, da der Käufer ihm die Sache gegen den angebotenen Preis nicht zurückgeben wollte, es möge übrigens ein terminus a quo bestimmt seyn oder nicht. Denn in beyden Fällen ist der Käufer nicht eher in einem widerrechtlichen Zustande, als bis er vergebens zum Rückkauf aufgefordert ist. Hiegegen läßt sich aber doch noch manches erinnern 1.) Der Hauptzweck der Gesetze bey Einführung der Klagen ist nicht, die Widerrechtlichkeit des Beklagten aufzuheben. Diese ist dem Staate in Civil- oder Privatsachen gleichgültig, so lange der Berechtigte die Sache ungerügt läßt. Nur dazu sind die Klagen zunächst und hauptsächlich eingeführt, damit die Selbsthülfe unterbleibe und Jeder sein vermeyntes Recht nur gerichtlich verfolge, den Ausspruch

des Richters darüber erwarte, und diesem den Zwang des Gegners überlasse. Freylich soll am Ende nur der Kläger obsiegen, der Rechte hat, und der Beklagte verlieren, der diese Rechte gestöhrt, mithin widerrechtlich gehandelt hat. 2) Richtig ist es zwar, daß die Verjährung nicht dazu dienen soll, bestehende völlig gesetzmäßige Verhältnisse zu vernichten und abzukürzen, sondern ihr Zweck ist, ewigen Rechtsstreiten vorzubauen. Aber man kann doch nicht sagen, daß ihr Zweck sey widerrechtliche Zustände zu schützen. Gerade umgekehrt, um das Unrecht zu vermeiden und widerrechtliche Zustände zu hindern, ist sie eingeführt. Das Gesetz sagt, glaubst du eine Klage zu haben, so stelle sie in Jahresfrist, in 5 bis 30 Jahren an, damit die Sache sich pro und contra gehörig ausmachen lasse, die Hauptbeweise unterdessen nicht verlohren gehen; der Proceß eher entschieden werden könne, und besonders auch dem Beklagten, wenn er etwa rechtliche Einreden hätte, die Beweise derselben nicht unmöglich werden. Es kann wohl seyn, daß durch diese Anordnung ein Beklagter, der wirklich Unrecht hat, mithin ein widerrechtlicher Zustand geschützt wird. Dieß müssen die Gesetze geschehen lassen, weil es unvermeidlich ist; aber darum ist es doch bey Einführung der Verjährung ihre Absicht nicht, das Unrecht zu schützen. 3) Der Käufer ist freylich, so lange der Verkäufer den Wiederkauf nicht verlangt, in keinem widerrechtlichen Zustande. Aber mit dem Augenblicke, da der Verkäufer den Wiederkauf verlangen, da er sagen kann: dies cedit et venit, ist seine actio nata; und nun muß auch die *Verjährung* der Klage ihren Lauf beginnen, weil alle Gründe, worauf die *Verjährung* überhaupt beruht, alsdann anwendlich sind, sonst würde folgen, daß die Verjährung condictionis certi ex mutuo in Fällen, wo keine Zahlungszeit bestimmt ist, erst dann anfange, wenn der Creditor gemahnt, und der Schuldner sich geweigert hat, zu zahlen. 4) Die Verjährung der actio pignoratitia directa kann natürlich nicht eher, als nach bezahlter Pfandschuld Statt finden, denn erst dann ist actio nata. 5) So lange gegenseitig mein Recht anerkannt wird, brauche ich es noch nicht zu verfolgen, und hier läuft mir also die Verjährung nicht. Daher actio communi dividundo oder familiae erciscundae, so lange als die Gemeinheit unter den Mitinteressenten gegenseitig zugestanden wird, keiner Verjährung unterworfen ist; eben so auch die Klage aus dem Darlehn nicht, so lange der Schuldner Zinsen bezahlt. L. 7. §. 5. L. 8. §. 4. C. de praescript. XXX. vel XL. annor. W.

§. 1183. Die Klagen sind entweder perpetuirliche oder temporelle.

Die Klagen werden in actiones perpetuas und temporales eingetheilt. Nemlich actio perpetua heißt diejenige, welche dreyßig oder mehr Jahre dauert; temporalis, welche binnen weniger als dreyßig Jahren angestellt werden muß. Die Ursache, warum die Klagen, die wenigstens dreyßig Jahre dauern, perpetuae heißen, liegt darin, weil diese Klagen anfangs wirklich ewig, das heißt, in keinen Zeitraum eingeschränkt waren. Theodosius der jüngere schrieb ihnen zwar nur eine Frist von 30 Jahren vor, allein sie behielten doch ihren alten Namen nach wie vor.

§. 1184.

§. 1184. Von den Realklagen, und zwar zuerst von der Reivindication.

Fragt man nun, wie lange dauert jede Art von Klage? so ist die erste Regel; die Realklagen dauern dreyßig Jahre (*1). Dahin gehört zuerst die Reivindication. Diese muß also binnen dreyßig Jahren angestellt werden. Ausnahmen sind, wenn eine Kirche, oder der Fiscus, oder eine Stadt ihre Sachen vindiciren wollen; denn diese können es binnen vierzig Jahren thun.

Noch eine wichtige Bemerkung steht in der Note zu diesem §. Bey den Realklagen muß man zwey Dinge wohl unterscheiden, die aber von den meisten Juristen verwirret werden; nemlich etwas anders ist: eine Realklage geht durch die Extinctiv-Präscription zu Grunde, und etwas anders: eine Realklage ist durch eine nothwendige Folge erloschen, weil ein Anderer ihren Gegenstand durch die adquisitive Verjährung von 3, 10, oder 20 Jahren an sich gebracht hat. Sobald einer den Gegenstand meiner Reivindication, z. E. das Pferd, usucapirt, so ist die Reivindication des Pferdes verlohren; aber nicht wegen der Extinctiv-Präscription, sondern in Gefolge der Usucapion. Der Besitzer ist durch dieselbe Eigenthümer geworden; folglich ist mein Eigenthum, und die daraus entspringende Klage verlohren, der Besitzer setzt mir nicht sowohl exceptionem praescriptionis, wie man es nennt, als vielmehr exceptionem dominii sibi competentis et per usucapionem adquisiti entgegen. — Man nehme aber an, daß Jemand ein Haus mala fide besitzt, und es folglich nicht durch Verjährung erwerben kann, daß er es indessen dreyßig Jahre in Besitz gehabt hat. Jetzt ist die Klage des Eigenthümers durch die Extinctiv-Präscription nach Römischen Rechten zu Grunde gegangen. Also kurz, die Reivindication dauert dreyßig Jahre, wofern nicht ein Anderer das Object derselben durch Usucapion an sich bringt. Denn in diesem Falle wird ihr Lebensziel gleichsam verkürzt. Sie geht der Usucapion wegen binnen drey, zehn oder zwanzig Jahren zu Grunde (*2). Vergl. übrigens §. 1186. Note 3.

(1) L. 3. C. de praescript. 30 vel 40 annor. Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur. Sed si qua res vel ius aliquod postuletur, vel persona qualicumque actione vel persecutione pulsetur, nihilominus erit triginta annorum praescriptio metuenda. Von den Präjudicialklagen muß man nach der Analogie ein gleiches behaupten. Ausnahmen s. bey *Mencken* de act. forens. p. 271. §. 10. p. 275. §. 4. Nemlich die negative Klage gegen die Freyheit (§. 84. 1.) wird in langer Zeit verjährt; die affirmative (ebendas. 2.) niemals, denn ein freyer Mensch, der in der Sklaverey gehalten wird, kann allezeit auf die Freyheit klagen. L. f. C. de long. temp. praescript. quae pro libert. (VII. 22). Wenn Jemand auf das Bürgerrecht klagen will, so muß er es binnen 30 Jahren thun. Indessen kann nach den Verfassungen mancher Städte das Bürgerrecht durch den Nichtgebrauch noch früher verlohren werden; z. E. in

Frankfurt verliert es einer, der Jahr und Tag außer der Stadt wohnet. Orths Anmerk. über die Frankf. Reformat. 6. Th. 192. S. Will man gegen einen klagen, welcher sich des Bürgerrechts anmaßet, so muß es innerhalb 40 Jahren geschehen.

(2) *Oelze* l. c. §. 5. Es ist also höchst unrichtig gesprochen, wenn man, wie es in vielen Büchern heißt, sagt: Personalklagen dauern 30 Jahre, Realklagen 10 oder 20. — Man s. hiebey auch Thibaut über Besitz u. Verjährung II. 45. pag. 127. Eine wichtige Ausnahme von der Regel, daß Realklagen 30 Jahre dauern, ist besonders auch die rei vindicatio in dem Falle, wenn ein Großjähriger die in seiner Minderjährigkeit vom Curator ungültig veräußerten Sachen verfolgen will. Die Klage ist alsdann auf den Zeitraum von 5 Jahren, von der erlangten Großjährigkeit an gerechnet, eingeschränkt. L. ult. C. si maior factus etc. (V. 74.) wobey jedoch *Hofacker* §. 672. u. das. angef. DD. imgleichen Thibaut am a. O. §. 55. weiter nachzusehen sind. W.

§. 1185. Von der actione confessoria und negatoria.

Die confessorische und negatorische Klage dauert ebenfalls ihrer Natur nach dreyßig Jahre. Indessen kann es auch hier geschehen, daß sie durch eine Folgerung eher exspiriren. Nemlich die confessoria kann eher verlohren gehen, wenn ich die Servitut durch den Nichtgebrauch verliere, welches dann binnen zehn oder zwanzig Jahren geschehen kann; die negatoria geht verlohren, wenn mein Gegner durch die Verjährung eine Servitut acquirirt hat, welches ebenfalls binnen zehen oder zwanzig Jahren möglich ist.

§. 1186. Von der hypothecarischen.

Bey der Verjährung der hypothecarischen Klage muß man drey Fälle unterscheiden. Die verhypothecirte Sache ist a) in den Händen des Schuldners selbst, oder seiner Erben; b) ein Dritter besitzt sie als Pfandgläubiger, c) ein Dritter hat sie als Eigenthümer im Besitz.

Im ersten Fall, wenn der Schuldner oder seine Erben das Pfandstück besitzen, wird die hypothecarische Klage binnen 40 Jahren verjährt (*1).

Der zweyte Fall war, wenn ein Dritter als Pfandgläubiger das Pfand in Händen hat; z. B. der Schuldner hat zuerst mir die Sache verhypothecirt, nun giebt er auch einem Andern ein Pfandrecht, und tradiret ihm zugleich die Sache. Ich stelle also die hypothecarische Klage gegen diesen Besitzer an. In diesem Falle kommt es darauf an, ob der Schuldner noch lebt, oder nicht. Bey Lebzeiten des Schuldners hat der Besitzer des Pfandes den Ablauf von 40 Jahren nöthig, um sich gegen die hypothecarische Klage eines andern Pfandgläubigers schützen zu können. Ist hingegen der Schuldner gestorben, so sind 30 oder 40 Jahre zur Verjährung bestimmt; 30 Jahre, wenn der Besitzer die Zeit seines eigenen Besitzes allein in Anschlag bringt; 40 Jahre, wenn er zugleich die Zeit, da der Schuldner selbst das Pfand besessen hat, sich anrechnen will (*2).

Endlich der dritte Fall ist, wenn ein Dritter das Pfand als Eigenthümer besitzt. Dieser Dritte muß die Sache 10 Jahre (unter Gegenwärtigen), 20 Jahr (unter Abwesenden) besitzen, im Fall er einen gerechten Titel hat, und von dem auf der Sache haftenden Pfandrechte nichts weiß. Hingegen erst in 30 Jahren wird die Verjährung vollendet, wenn er von dem Pfandrechte weiß, oder keinen rechtmäßigen Titel hat (*3).

(1) Justinian hat in der L. 7. §. 1. C. de praescript. 30 vel 40 annorum (VII. 39.) den vierzigjährigen Zeitraum vorgeschrieben. Allein nun entsteht die Frage: ob diese Frist auch alsdann Statt findet, wenn die Hauptforderung, wegen der das Pfandrecht ertheilt wurde, durch die dreyßigjährige Verjährung erloschen ist. Man denke sich den Fall: ich bin einen Kaufschilling schuldig, und habe deswegen eine meiner Sachen dem Gläubiger verpfändet. Dieser klagt aber binnen 30 Jahren den Kaufschilling nicht ein; seine Personalklage ist also erloschen. Kann er demungeachtet vor Ablauf der 40 Jahre die hypothecarische Klage gegen mich noch anstellen? Nach der richtigern Meynung allerdings. Denn Justinian hat ohne Unterschied der hypothecarischen Klage gegen den Schuldner die vierzigjährige Frist vorgeschrieben. Viele Juristen, z. E. *Donell.* commentar. iur. civ. lib. 16. cap. 26. p. 952. (edit. Hanov. de an. 1612. *Titius* in iur. privat. lib. 3. cap. 16. § 17. finden es zwar sonderbar und beynahe widersprechend, daß die hypothecarische Klage noch Statt finden solle, wenn die Hauptforderung nicht mehr klagbar ist; daß eine accessorische Verbindlichkeit noch soll verfolgt werden können, wenn die principale aufgehoben ist. Sie behaupten daher, daß Justinians Verordnung auf den Fall einzuschränken sey, wenn die Hauptverbindlichkeit noch nicht verjährt ist, weil z. B. der Gläubiger den Schuldner von Zeit zu Zeit gemahnt hat. Allein *Wilh. Hier. Brückner* diss. de praescript. pign. vel hypoth. (Ien. 1719.) §. 8. und Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 110. zeigen, daß dieses irrig ist, und daß sich Justinians Verordnung rechtfertigen läßt. Durch die Verjährung der persönlichen Klage wird die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners nicht aufgehoben, und diese macht, daß das Pfandrecht fortdauern kann. Man s. auch *Io. Lud. Schmid* opuscula de praescript. circa pignus, opusc. 3. §. 3. sqq. und *Seelhorst* diss. de praescriptione actionis hypothecariae, (Goett. 1791.) §. 21. Eben so unrichtig ist es, wenn Einige dem angeführten Gesetze den Sinn beylegen, daß, wenn die Klage wegen der Hauptverbindlichkeit auch nach dem Ablauf von 40 Jahren noch fortdauert (weil z. B. der Schuldner von Zeit zu Zeit die Zinsen bezahlt hat), die hypothecarische Klage dennoch gegen ihn erloschen sey. Weber am a. O.

(2) L. 7. §. 2. et 3. C. cit. Warum das Leben oder der Tod des Schuldners in diesem Stück in Betrachtung kommt, ist schwer oder vielmehr gar nicht zu begreifen, Westphal vom Pfandrecht §. 247.

(3) L. 1. et 2. C. si advers. creditor. (VII. 36.) L. 8. pr. C. de praescript. 30 vel 40 annorum, L. 7. C. de oblig. et act. (IV. 10.) Man muß übrigens, wie Westphal am a. O. §. 246. richtig erinnert, die Verjährung des Eigenthums am Pfandstücke von der Verjährung der hypothecarischen Klage unterscheiden. Wenn ein dritter Besitzer das Eigenthum des Pfandstückes gegen den Verpfänder verjährt, so folgt daraus noch nicht, daß auch die hy-

pothecarische Klage verlohren sey. So wenig in dem Fall, wenn der Eigenthümer die verpfändete Sache veräußert, dieses dem Pfandgläubiger an seinem Recht Schaden thut, eben so wenig ist es ihm nachtheilig, wenn Jemand das Eigenthum des Pfandstückes durch Verjährung an sich bringt. L. 44. §.5. D. de usurp. et usucap. — Die im §. 1184. vorkommende Bemerkung von der erwerbenden Verjährung und der daraus entstehenden Einrede des Beklagten, begreift natürlich nur diejenigen Fälle unter sich, wo das erworbene Recht des Beklagten in einer richtigen Folge das vermeynte Recht des Klägers aufhebt. Dieß läßt sich aber hier nicht behaupten, da mit dem Eigenthum des Einen das Pfandrecht des Andern sehr wohl besteht. Thibaut über Besitz u. Verjährung II. §. 45. — Die mancherley Streitfragen, die in dieser Materie noch vorkommen, übergehe ich, und verweise deßfalls auf Westphal am a. O. und *Schmid* l. c. Nur das muß ich anführen: Justinian sagt zwar in der L. 7. cit. pr. es sey notissimi iuris, daß die actio hypothecaria gegen einen extraneum rei suppositae (d. i. oppignoratae) possessorem 30 Jahr dauere, und gedenkt hierbey keines Mangels, weder am Titel noch am guten Glauben. Allein da nach andern vorhin angeführten Gesetzen, der L. 1. et 2. C. cit. si advers. cred. der L. 8. pr. C. de praescript. 30 vel 40 annor. und L. 14. C. de obligat. et act. gegen einen Dritten, der als Eigenthümer das Pfandstück besitzt, die hypothecarische Klage binnen 10 oder 20 Jahren angestellt werden muß, so sind, wenn kein Widerspruch angenommen werden soll, *Justinians* Worte von dem Fall zu verstehen, wo es am Titel oder guten Glauben fehlt.

§. 1187. Von der Erbrechtsklage.

Die simple Erbrechtsklage, sie mag nun aus einem Testament, oder ab intestato, oder aus einem Vertrage angestellt werden, deßgleichen die querela nullitatis (§. 704.), und die actio suppletoria (*1) dauern, so wie andere Realklagen, 30 Jahre. Der querelae inofficiosi aber sind, weil sie in den Gesetzen verhaßt ist, fünf Jahre vorgeschrieben.

(1) Strube 4. Thl. 253. Seite. *Voorda* interpret. et emendat. lib. 3. cap. 7. Also die suppletorische Klage ist nicht auf fünf Jahre eingeschränkt, wie *Cuiac.* consult. ult. auch noch *Voorda* elector. cap. 11. p. 124. sqq. behauptet.

§. 1188. Von den actionibus in rem scriptis.

Actiones in rem scriptae sind Klagen, die ihrem Ursprunge nach personal sind, und dennoch wie Realklagen gegen jeden Besitzer angestellt werden können. Sie stimmen auch darin mit den Realklagen überein, daß sie dreyßig Jahre dauern. Nur von der actione quod metus haben wir oben (§. 1006.) gehört, daß sie nach Verlauf von vier Jahren nicht mehr auf das Vierfache, sondern nur auf das Einfache angestellt werden kann.

§. 1189. Von den actionibus personalibus rei persecutoriis.

Zweyte Regel: die actiones personales rei persecutoriae (§. 1119), sie mögen nun in den Civilgesetzen oder im Edict des Prätors gegründet seyn, dauern dreyßig Jahre. Aber auch hier sind einige Ausnahmen: 1) die Personalklagen der Kirchen, Städte und des Fiscus dauern vierzig Jahre. 2) Die

Klagen, welche aus Edicten der Magistratspersonen, de
entstehen, kurz die *actiones honorariae*, wenn sie au
Handels gerichtet sind, sind nur temporell (*). Die act
dauert daher nur ein Jahr; die meisten Restitutionskl
die actio redhibitoria (§. 734.) sechs Monate; die act
cit.) ein Jahr (*1).

(*) Von der Verjährungszeit der verschiedenen Arten
den vorigen Stand s. Thibaut über Besitz und V
das. angef. DD.

(1) *Thomasius* diss. de perpetuitate debitor. pecuniarior
behauptet, Personalklagen könnten nie verjährt werd
Praxis angenommenen Lehre keine Verjährung ohn
stände, und sich kein Fall denken lasse, wo der Sch
Von der condictione ex mutuo behauptet eben dieß
handlung von der Verjährung in Schuldsachen, Mei
1te Fortsetzung S. 49. 2c. Nur in dem Fall, wenn
worden sey und widersprochen, der Gläubiger aber Za
läßt er die Verjährung zu. Allein daß der, gegen wel
Klage zusteht, nie in bona fide seyn könne, ist eine o
aussetzung. Ich kann ja geglaubt haben, daß mein
ich kann dieß sogar mit Grund angenommen haben,
Assignation gab, und er mich nun weiter nicht gemal
mit ihm in Rechnung und Gegenrechnung gestanden,
daß mein Debet größer sey als mein Credit 2c. 2c. —
unter andern auch die Verjährbarkeit actionis pignora
1182.). Vorzüglich ist *C. F. Voigt* (praes. *Martini*)
tione actionis pignoratitiae directae, Rostochii 1794.
sehen. In einem Falle dauert die Klage nur zwey Ja
C. de iure domin. impetr. (VIII. 34.) W.

§. 1190. Von den Pönalklagen aus Priva

Dritte Regel: die aus Privatdelicten entstehender
weder in den Civilgesetzen ertheilt, oder im prätorischen E
dauern sie dreyßig Jahre, im letzten ein Jahr. Ausnah
furti manifesti, ob sie gleich vom Prätor herrührt, daue
Der Grund ist, wie Justinian pr. I. h. t. angiebt; qu
putavit, eam anno terminari. Der Prätor hat, w
dieser Stelle sagt, diese Klage nicht neu erfunden, sonde
setzen der 12 Tafeln bestimmte Leibesstrafe in eine Geldst
hielt er es für ungereimt, wenn er zugleich die actionem
machen, und also den Dieben einen doppelten Dienst le
actio furti, wenn sie gegen einen Schiffer, Wirth oder
stellt wird. 3) Die actio arborum furtim caesarun
meine Bäume durchgesägt, durchgehauen, geschält hat,

doppelten Ersatz des Schadens belange. 4) Actio depositi miserabilis. 5) Servi corrupti. 6) De deiectis et effusis. Alle diese dauern dreyßig Jahre, ob sie gleich prätorische Pönalklagen sind, also nur Ein Jahr dauern sollten. Doch in dem Fall, wenn ein freyer Mensch getödtet worden ist, dauert die actio de deiectis nur Ein Jahr. 7) Die actio de dolo muß innerhalb zwey Jahren angestellt, und der Proceß soll nach dem Römischen Recht auch schlechterdings binnen diesen zweyen Jahren geendigt werden. Wenn ich indessen betrogen worden bin, und zwey Jahre habe verstreichen lassen, so kann ich doch die actionem in factum anstellen, die dreyßig Jahre dauert, und nicht entehrend (famosa) ist (§. 1008.). 8) Die Injurienklagen dauern insgesammt nicht länger als Ein Jahr (§. 1075.) (*).

(*) Man sehe überhaupt bey diesem §. Thibaut am a. O. §. 53., welcher in Ansehung der Dauer der Injurienklagen die (§. 1075.) angeführte gemeine Meynung zu vertheidigen sucht. W.

§. 1191. Von den peinlichen Anklagen.

Vierte Regel: die peinlichen Anklagen dauern gewöhnlich zwanzig Jahre, von Zeit des begangenen Verbrechens angerechnet. Von dieser Regel gehen ab, und müssen innerhalb fünf Jahren angestellt werden: 1) die Anklagen solcher Verbrechen, die lex Iulia de adulteriis bestraft, das heißt, der Fleischesverbrechen. 2) Die Anklage des Peculats, das heißt des Diebstahls öffentlicher Gelder (§. 1270.); 3) und aus dem *SCto Silaniano*. Wenn der Erblasser von seinen Sklaven ermordet worden ist, oder diese ihm wenigstens, als er ermordet wurde, nicht beygestanden haben, so ist der Erbe schuldig, die Sache anzuklagen. Er darf auch nicht eher die Erbschaft antreten, und das Testament eröffnen, bis er jenes gethan hat. Handelt er dem Gesetz zuwider, so nimmt der Fiscus die Erbschaft weg, und der Erbe wird dabey mit einer Strafe von 100 aureis belegt. Indessen wird sein Vergehen innerhalb fünf Jahren verjährt (*1). Es giebt aber auch Verbrechen, deren Anklage gar nicht verjährt wird. Dergleichen sind: Abfall vom christlichen Glauben, Unterschiebung eines Kindes und parricidium (§. 1265.) (*2).

Fünfte Regel: durch die Litiscontestation werden alle Klagen perpetuirt; das heißt, wenn ich eine Temporalklage angestellt habe, und lis contestirt ist: so kann ich den Proceß 29 Jahre liegen lassen, und vor Ablauf des dreyßigsten wieder fortsetzen. Eine actionem perpetuam kann ich nach geschehener Litiscontestation 39 Jahre liegen lassen, und vor Ablauf des vierzigsten wieder erwecken und fortsetzen. Jene dreyßig und diese vierzig Jahre werden übrigens von der letzten Handlung an gerechnet, die im Proceß vorgenommen worden ist (*).

(1) Die Hauptschrift von dieser Materie ist *Hert*. diss. de herede occisi vindice, in opusc. Tom. I. part. 3. pag. 185. sqq.

(2) Doch s. *Stryk* de act. investig. sect. 3. membr. 2. e *Leyser* obs. 857. — Thibaut l c. §. 52.

(*) L. ult. C. de praescr. XXX. vel XL. annor. (VII. 39.) except. (VII. 40.) Glück's Pandecten Th. 6. §. 503. verwechseln die 30jährige Dauer der dem obsiegenden Z zuständigen Klage. L. 6. §. 3. D. de re iudic. Sch Einreden §. 1148. W.

§. 1192. Welche Klagen gehen auf die (

Die Klagen, das heißt, das Recht zu klagen, gehör eines Menschen, zu seinem Vermögen. Daher könne auch von den Erben des Berechtigten angestellt und fo actiones *ad* heredes transeunt. Der Erbe stellt den V aber auch eben so in Verbindlichkeiten vor (§. 482.); der Regel nach gegen die Erben des Verpflichteten fortda heredes transeunt. Doch haben beyde Regeln einige A haupt in sofern in vorkommenden Fällen von ganz pe Verbindlichkeiten, die an sich schon des Uebergangs auf di fähig sind (§. 482.), die Rede ist. B) Besonders ab von dem Erben nicht angestellt werden, wenn ihm nichts die Klage des Erblassers auf ihn transferirt werde. Da populares (§. 1119.) nicht auf die Erben, weil der Erbe hätte. Diese Klagen kann jeder aus dem Volk anst Erbe auch einer ex populo, und kann daher in dies folglich wäre es ungereimt, wenn er als Erbe klagen Klagen, welche blos auf eine Rache abzwecken (ad vindi nicht auf die Erben. Daher können die Injurienkläg querela inofficiosi testamenti (§. 535.), actio de calum die Klage auf Wiederrufung einer Schenkung der Undankl nicht von den Erben angestellt werden. Hat aber de schon angestellt, und ist nach der Litiscontestation gestorb den Proceß fortsetzen. Ja bey der querela inofficios Erblasser nur erklärt hat, daß er klagen wolle (§. 535.)

(1) Eine ausführliche Abhandlung über diese Materie ist dictorum libri IV. adversus maledicta et errores cur aliorum variorum, circa actiones ex delicto mere po rei persecutorias, perpetuas annales ad et adversus h torias vel non transitorias, aliaque varia. Lugd. Bat. 1

§. 1193. Welche Klagen gehen gegen die (

Wenn die Frage ist, welche Klagen gegen die Er können, so ist zu bemerken; 1) alle actiones rei persecu in rem verfolgen, finden eigentlich gegen die Erben als

hingegen diejenigen, welche ein ius in personam betreffen, gehen gegen die Erben, sie mögen aus einem erlaubten Geschäft, oder aus einem Delict entstehen. Jene, welche aus einem erlaubten Geschäft, z. B. aus einem Contract, Quasicontract rc. entspringen, gehen ohne Zweifel gegen den Erben *in solidum* (§. 812.), d. i. der Erbe muß alles leisten, was der Verstorbene zu leisten schuldig war, es mag aus dem Geschäft ein Nutzen für die Erbschaft erwachsen, und noch vorhanden seyn, oder nicht. 2) Ob aber die aus Delicten entspringenden Klagen gegen den Erben *in solidum* gehen, das heißt, ob er den Schaden ganz ersetzen muß, den sein Erblasser gethan hat, oder nur in so weit, als er (der Erbe) Vortheil aus dem Delict gezogen hat, ist zweifelhaft. Z. E. wenn der Erblasser mir 1000 fl. gestohlen hat, und davon nur 100 auf den Erben gekommen sind, so ist die Frage: kann ich von dem Erben die ganze 1000 fl. oder nur 100 forbern? Viele behaupten (*1), daß der Erbe nur haften müsse, in sofern als er Vortheil aus dem Delict hat, und man kann allerdings wichtige Gründe für diese Meynung anführen: allein Andere (*2) vertheidigen mit eben so starken Gründen das Gegentheil. Nach dem Canonischen Recht (*3) und nach dem Gerichtsbrauche (*4) kann der Erbe ohne Zweifel in solidum *belangt* werden; doch nur in so weit, als die Erbschaft hinreichend ist (*5).

(*) Die Realklagen gehen zwar auf die Erben (ad heredes) über, wenn das dingliche Recht nicht zu den ganz persönlichen Rechten des Verstorbenen gehört hat (§. 369.); sie finden aber nicht wider die Erben als solche, sondern nur gegen den Besitzer Statt (§. 1195.). Nach dem Römischen Rechte konnten sie auch dann nicht in Anspruch genommen werden, wenn der Verstorbene dolo aufgehört hatte zu besitzen; es wäre denn a) bey seinen Lebzeiten die Litiscontestation bereits geschehen, oder b) ein Gewinn dadurch auf den Erben gekommen. L. 42. L. 52. L. 55. D. de rei vind. L. 25. pr. D. de obl. et act. L. 1. C. si unus ex plurib. hered. (VIII. 32.) Westphal von den Arten der Sachen §. 980. In unsern Gerichten würde indeß, was den letztern Punct anbetrifft, den im §. bemerkten Vorschriften des Canonischen Rechts nachzugehen seyn. W.

(1) *Hunn.* resolut. Lib. 4. Part. 6. Qu. 3. p. 1004. *Cuiac.* Lib. 7. Obs. 37. Lib. 13. Obs. 39. *Lyclam.* membran. Lib. 1. Cap. 39. *Duirsema* coniectural. lib. 1. cap. 7. et 8. p. 110. sqq. — Schmidt von Klagen u. Einreden §. 55. Diese haben unstreitig die Regel des Römischen Rechts für sich. L. un. C. ex delict. defunct. in quant. hered. conven. (IV. 17.) L. 52. D. de rei vind. L. 23. §. 8. D. ad Leg. Aquil. W.

(2) Z. E. *Faber* coniectur. lib. 3. cap. 1. *Vinnius* ad §. 1. I. h. t. *Ayrer* diss. de actionibus ex delicto rei persecutoriis adversus heredes delinquentis in solidum competentibus (Goett. 1752.) Sect. 2. §. 10. sqq. — Diese berufen sich auf L. 2. L. 7. §. 2. D. de condict. furt. L. 21. D. rer. amotar. § ult. Inst. de obligat. quae ex delict. nasc. Die aber nur Ausnahmen von der allgemeinen Regel enthalten; (vergl. 1030.) wogegen auch der unbestimmte Ausdruck in §. 9. I. de lege Aquil. ebenfalls nicht entscheidend ist, da er nicht angiebt, in quan-

quantum die Klage auf die Erben gehen würde, worau
kommt. W.

(3) C. 28. X. de sent. excomm. C. 9. X. de usurp. C. 5
(4) *Reinharth* ad *Christ*. Vol. 3. Obs. 11. *Koch* ius c
Beyträge 1. St. Seite 53.
(5) Man s. von dieser Materie noch *Ian. a Costa* praelect
defunctor. in *Meermann*. thesaur. tom. 1.

§. 1194. Fortsetzung.

3) Die Pönalklagen, sie mögen nun aus einem C
chen entstehen, können nicht gegen die Erben angestellt we
einem Verbrechen; z. E. die Diebstahlsklage auf das D
hat gegen die Erben des Diebes nicht Statt. Aus einen
Klage gegen den Depositar, der ein depositum miserabil
doppelten Ersatz, kann gegen die Erben des Depositars nicht
Indessen bemerke man, wenn eine Pönalklage schon gege
stellt gewesen, und er nach der litiscontestation gestorben is
gegen die Erben fort (*2).

(1) Mehrere Beyspiele von solchen aus Contracten entsp
s. bey *Vinn*. h. t. §. 1. n. 4.
(2) *Pufendorf* Tom. 4. Obs. 94.

TIT. XIII.

DE EXCEPTIONIBU

§. 1195. Uebergang.

Wenn Jemand eine Klage gegen mich anstellt, so muß
contestiren, wie man es heutigestages nennt (*1)
Fälle möglich. Der erste: ich gestehe alles ein, und bitte n
Der zweyte: ich läugne das Klagfundament, behaupte z
dem Kläger das Darlehn empfangen hätte, das er von mir
litis contestatio negativa. Der dritte: ich gestehe das
ein, mache aber eine Exception dagegen; und dieß ist *lit
mativa*.

(1) Bey den Römern war die litis contestatio etwas ganz an

§. 1196. Was ist eine Exception.

Eine Exception, Schutzrede, Einrede, in weitläu
die Anführung eines Umstandes, welcher der Klage des An
mich dagegen schützt. Dieser Umstand ist entweder von de
richtig ist, der Kläger selbst nach dem strengen Recht nic
er wirkt nur soviel, daß der Kläger mit seiner Klage der Bi
gewiesen wird. Im letzten Fall ist eine exceptio im eigent

Eeeeeee

Sinne der Römischen Juristen vorhanden (*1). Wenn mich z. B. Jemand aus einem Darlehn belangt, ich ihm aber die Einrede der Zahlung, Compensation, Confusion (§. 981.) ꝛc. entgegensetze, und sie beweise, so folgt, daß er gar kein Recht mehr hatte, gegen mich zu klagen. Hingegen wenn ich einem die exceptionem pacti entgegensetze, du hast mir die Schuld durch ein pactum erlassen, so folgt daraus, gesetzt auch, daß ich meine Einrede beweise, nur soviel, daß er mit seiner unbilligen Klage abgewiesen werden muß. Eben so ist es mit der exceptione iurisiurandi, metus, doli, rei iudicatae, SCti Macedoniani, Velleiani etc.

Die neuern Juristen theilen die Einreden in exceptiones iuris und facti ein: in der Bestimmung aber, welche Einreden zu der ersten, und welche zu der andern Gattung gehören, weichen sie sehr von einander ab (*2). Gewiß ist, daß die Römischen Gesetze von dieser Distinction nichts wissen (*3).

(1) Ich sage im Sinne der Römischen Juristen. Diese verstehen unter dem Worte exceptio fast allezeit nur die Einreden, welche die Klage der Billigkeit wegen ausschließen. Justinian pr. I. h. t. sagt: comparatae sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut licet ipsa persecutio, qua actor experitur, *iusta sit*, tamen *iniqua* sit adversus eum, cum quo agitur. Daher wird liberari *ipso iure* und liberari per *exceptionem* einander entgegengesetzt (§. 969.) — Der Ausdruck exceptio bezeichnet also in diesem Verstande, was er auch eigentlich nach dem Sprachgebrauche überhaupt andeutet, eine Ausnahme von der Regel des Rechts, welche hier dem Beklagten zu Gute kommt. In der Instruction zum Processe, welche der Prätor dem Richter ertheilte, wurden daher auch die Ausdrücke: si non, oder nisi illud aut illud factum erit gebraucht, wenn nach vorausgegangener Bestimmung dessen, was in Ansehung des Klagevortrags zu verfügen sey, die Reihe an die Ausflüchte des Beklagten kam (§. 841. Not. 1.) Man s. überhaupt hiebey *Vinnius* ad Inst h. t. in praefat. *H. Donellus* comment. iur. civ. XXII. 1. idem ad rubr. tit. Cod. de except. seu praescript. — Die Exceptionen werden auch *praescriptiones* genannt (§. 393.). So findet man z. B. praescriptio doli mali, rei iudicatae, militiae, fori etc. Auch praescribere wird für excipere gebraucht.

(2) Man s. Estors Anfangsgründe des Processes, 1. Th. 191. §.

(3) Vergl. jedoch Ch. W. Wehrn theoret. pract. Grundr. d. Lehre v. gerichtl. Einwendungen §. 10. Danz Grundſ. d. ordentl. Proc. §. 157. Den wichtigen Unterschied zwischen der Rechtsverfolgung durch Klagen und der durch Einreden zeigt Weber in den Beyträgen zur Lehre von Klagen und Einreden. I. 1.

§. 1197. Die Exceptionen sind entweder civiles oder praetoriae.

Exceptio civilis heißt, welche aus den Civilgesetzen, praetoria, die aus dem Edict des Prätors entsteht; z. E. exceptio SCti Macedoniani, Velleiani, non numeratae pecuniae, divisionis, ordinis, rei iudicatae sind civiles. Hingegen exceptio doli mali, pacti, iurisiurandi, metus, minoris aetatis sind prätorische.

1198. Entweder peremtoriae oder dilatoriae.

Wenn ich mich durch eine Exception auf immer von der Klage zu befreyen suche: so heißt sie *peremtoria* oder *perpetua*, eine zerstörliche Schutzrede; wenn hingegen der Zweck der Exception nur dahin geht, mich auf eine Zeitlang gegen die Klage zu schützen: so heißt sie eine verzögerliche, *exceptio dilutoria, temporaria*. Peremtorische Einreden sind alle im vorigen §. angeführten; denn wenn ich z. E. die Einrede der Zahlung opponire, und sie erweise, so bin ich gegen die Klage für immer gesichert. Hingegen wenn ich z. B. die *exceptionem libelli obscuri* der Klage entgegensetze, so bin ich nur so lang frey, bis der Kläger einen neuen deutlichern Libell übergibt. Die dilatorischen Einreden sind entweder a) von der Person des Richters hergenommen, dergleichen ist *exceptio iudicis suspecti*; oder b) von dem Mangel der Jurisdiction, z. E. *exceptio fori incompetentis* oder auch *fori privilegiati*, wenn der Beklagte behauptet, daß er vermöge eines besondern Privilegiums nicht unter dem Richter stehe, vor welchem geklagt worden ist, *exceptio primae instantiae*, der Beklagte behauptet, er müsse nicht vor dem höheren Gericht, sondern zuvor bey dem Unterrichter belangt werden, u. s. w. Oder c) von der Person des Klägers; z. E. *exceptio deficientis personae standi in iudicio*; ich führe an, der Kläger sey eine Person, die nicht im Gericht auftreten dürfe, z. E. weil er noch unmündig sey. Oder d) von dem Mangel der Vollmacht. Diese heißt *exceptio deficientis legitimationis ad acta*, der Anwalt des Gegners habe noch keine Vollmacht beygebracht; oder e) von der Art zu verfahren (modo procedendi), z. E. *exceptio feriarum*; da jetzt Gerichtsferien seyen, so müsse man mich in Ruhe lassen; *termini nimis angusti*, der Richter habe mir eine zu kurze Frist gegeben; *nondum praestitae cautionis pro reconventione et expensis* (§. 1199.); oder f) aus der Sache selbst (ex meritis causae), z. E. *ante diem petitionis, s. pluris petitionis tempore*, ich sey das, was der Kläger fordert, noch nicht schuldig.

1199. Entweder perpetuae oder temporariae.

In einem andern Sinne sind *exceptiones perpetuae* diejenigen, die durch keine Verjährung erlöschen, *temporariae* die, welche, so wie die Klagen, binnen gewisser Zeit opponirt werden müssen. Der Regel nach sind alle Einreden beständig dauernd. Denn es hängt, wie Paulus (*[1]) sagt, vom Kläger ab, wann er klagen will; ihm konnten also die Gesetze eine gewisse Zeit vorschreiben. Hingegen nicht vom Beklagten, wie bald er belangt seyn will. Daher ist seinen Exceptionen kein Termin vorgeschrieben. Wenn ich z. B. die redhibitorische Klage anstellen will (§. 734.), so muß ich es binnen einem Jahr thun. Gesetzt aber ich habe eine Sache gekauft, welche heimliche Fehler hat, und könnte deswegen die redhibitorische Klage gegen den Verkäufer anstellen, unterlasse es

aber. **Nach Verlauf eines Jahres** belangt er mich auf den Kaufschilling. Kann ich die Einrede der fehlerhaften Sache noch vorschützen? Ja. Also, wie gesagt, die Regel ist: **die Einreden des Beklagten werden vor angestellter Klage durch keine Verjährung eingebüßt** (omnes exceptiones sunt perpetuae). Indessen gibt es einige Exceptionen, die ihrer Natur nach nur eine Zeitlang vorgeschützt werden können, und einige, welche nach den Gesetzen binnen gewisser Zeit opponirt werden müssen, und wenn dieses nicht geschiehet, verlohren gehen; die also wirklich einer Verjährung unterworfen sind. Von der ersten Art ist die exceptio pacti de non petendo temporalis. Wenn ich meinem Schuldner versprochen habe, die Schuld binnen gewisser Zeit, z. E. binnen Einem Jahr nicht zu fordern, so kann er sich natürlicher Weise nicht länger als ein Jahr mit der Einrede des Vertrages schützen. Ferner gehört hier her die exceptio moratorii. Der Landesherr ertheilt zuweilen einem Schuldner das Privilegium, daß ihn seine Gläubiger eine Zeitlang, 1, 2, 3, oder mehrere Jahre in Ruhe lassen müssen, ihn nicht belangen dürfen. Dieß nennt man ein *moratorium*, **eisernen Brief** etc. Daß die exceptio moratorii nur eine Zeitlang schütze, fällt in die Augen.

Exceptionen, welchen von den Gesetzen eine gewisse Frist vorgeschrieben ist, sind *exceptio non numeratae pecuniae*, denn sie dauert nur zwey Jahre, und *exceptio non numeratae dotis*; auch dieser sind gewisse Termine gesetzt, wie wir §. 854. gehört haben (*2).

(1) L. 5. §. 6. D. de dol. mal. except.

(2) Noch verschiedene temporelle Exceptionen führt *Busius* subtil. iur. lib. 1. cap. 1. an. Einige Juristen rechnen auch dahin die exceptionem testamenti inofficiosi (z. E. unser Autor in der alten Ausgabe des Lehrbuches), desgleichen die exceptionem restitutionis in integrum. Ja, sie behaupten, daß jede Exception an einen gewissen Zeitraum gebunden sey, welche man als Klage (per modum actionis) vorbringen könne. Allein diese Meynung hat in den Gesetzen gar keinen Grund, wie *Io. Christ. Claproth* diss. de rebus mer. facult. (Goett. 1753.) §. 2. sqq. pag. 3. sqq. *Io. Christoph Koch* diss. de praescriptione restit. in integrum (Giess. 1780.) §. 6. sqq. und Weber in den Beyträgen zur Lehre von Klagen I. 1. S. 6. u. fg. der 2. Ausg. zeigen.

§. 1200. 1201. Entweder personales oder reales.

Persönliche Einreden heissen, die auf eine gewisse Person eingeschränkt sind; Realeinreden, bey welchen diese Einschränkung nicht ist. Die persönlichen sind entweder beschränkt auf die Person dessen, **der sie entgegensetzt**, oder auf die Person desjenigen, **dem sie entgegengesetzt werden**. Exceptionen von der ersten Art sind exceptio beneficii competentiae (§. 1137.), und pacti de non petendo personalis; wenn ich einem versprochen habe, daß ich von ihm, so lang er lebt, nichts fordern will. Von der letzten Art ist *exceptio doli*. z. E. Denn ich kann sie nur dem selbst entgegensetzen, der mich betrogen hat.

wenn ich dem Eigenthümer eines Grundstücks eine Se
Contract aber betrüglich überredet werde: so kann ich d
die Einrede des Betrugs entgegensetzen. Gesetzt aber,
stück, und der neue Eigenthümer klagt auf die [illegible]vitut.
ceptio doli nicht im Wege (*).

(*) L. 4. §. 27. 29. 31. D. de doli mali et met. excep
natürl. Verbindl. §. 117. Not. 9.

TIT. XIV.

DE REPLICATIONI

§. 1202. Was ist die Replik?

So wie der Beklagte sich gegen die Klage durch eine E
so bemüht sich der Kläger, der Exception durch ei
welcher *replica* oder *replicatio* heißt. Hierunter begrei
aber auch uneigentlicher Bedeutung jede Erwiederung d
ceptivischen Vortrag des Beklagten, selbst wenn auch der
worauf die Exceptionen sich gründen, blos läugnet. I
chen Sinne des Civilrechts hingegen bedeutet Replik die
dern Grundes, um dadurch die Einreden des Beklag
Z. E. ich klage aus einem Darlehn auf 1000 Thlr. D
habe mir die Summe am 1sten Jan. 1778. schon abgetr
darauf, daß diese Zahlung sich auf eine andere Schuld,
beziehe: so ist dieser Satz meine Replik.

(*) Gmelin und Elsässer gemeinnütz. Beobacht. 2.

§. 1203. Was ist die Duplik?

Antwortet der Beklagte auf die Replik des Klägers
duplica, *duplicatio*. (Auch diese verhält sich in eigen
die letztere zu den Exceptionen.) Also Exception und
ersten Instanz) allezeit vom Beklagten, Replik aber im

§. 1204. Wie viel Sätze erlaubt sin

In wohlgeordneten Gerichten muß der Schriftwech
schlossen werden. Thut das der Beklagte nicht, so gieb
Ist die Sache *ex officio* für beschlossen anzuneh
Partheyen zu Anhörung eines Bescheides auf d
Findet der Kläger etwas Neues in der Duplik, das eine
so muß er um *veniam triplicandi*, um die Erlaubniß,
zureichen, bitten. Diese wird nicht leicht abgeschlagen,
von selbst, daß der Beklagte das Recht zu quadrupliren
beantworten habe. Dem Beklagten gehört allemal der
er übergiebt die letzte Schrift, weil sonst der Kläger ei

pothecarische Klage verlohren sey. So wenig in dem Fall, wenn der Eigthümer die verpfändete Sache veräußert, dieses dem Pfandgläubiger an [illegible]nem Recht Schaden thut, eben so wenig ist es ihm nachtheilig, wenn Jem[and] das Eigenthum des Pfandstückes durch Verjährung an sich bringt. L. 44. §[...] D. de usurp. et usucap. — Die im §. 1184. vorkommende Bemerkung von [der] erwerbenden Verjährung und der daraus entstehenden Einrede des Beklagt[en] begreift natürlich nur diejenigen Fälle unter sich, wo das erworbene Recht [des] Beklagten in einer richtigen Folge das vermeynte Recht des Klägers aufhe[bt]. Dieß läßt sich aber hier nicht behaupten, da mit dem Eigenthum des Ein[en] das Pfandrecht des Andern sehr wohl besteht. Thibaut über Besitz u. Ver[jährung] II. §. 45. — Die mancherley Streitfragen, die in dieser Materie no[ch] vorkommen, übergehe ich, und verweise desfalls auf Westphal am a. O. un[d] *Schmid* l. c. Nur das muß ich anführen: Justinian sagt zwar in der L. [...] cit. pr. es sey notissimi iuris, daß die actio hypothecaria gegen einen extra-neum rei suppositae (d. i. oppignoratae) possessorem 30 Jahr dauere, [und] gedenkt hierbey keines Mangels, weder am Titel noch am guten Glauben. Allein da nach andern vorhin angeführten Gesetzen, der L. 1. et 2. C. cit. [...] advers. cred. der L. 8. pr. C. de praescript. 30 vel 40 annor. und L. 14 C. de obligat. et act. gegen einen Dritten, der als Eigenthümer das Pfandstück besitzt, die hypothecarische Klage binnen 10 oder 20 Jahren angestellt werden muß, so sind, wenn kein Widerspruch angenommen werden soll, Justinians Worte von dem Fall zu verstehen, wo es am Titel oder guten Glauben fehlt.

§. 1187. Von der Erbrechtsklage.

Die simple Erbrechtsklage, sie mag nun aus einem Testament, oder ab intestato, oder aus einem Vertrage angestellt werden, deßgleichen die querela nullitatis (§. 704.), und die actio suppletoria (*1) dauern, so wie andere Realklagen, 30 Jahre. Der querelae inofficiosi aber sind, weil sie in den Gesetzen verhaßt ist, fünf Jahre vorgeschrieben.

(1) Strube 4. Thl. 253. Seite. *Voorda* interpret. et emendat. lib. 3. cap. 7. Also die suppletorische Klage ist nicht auf fünf Jahre eingeschränkt, wie *Cuiac.* consult. ult. auch noch *Voorda* elector. cap. 11. p. 124. sqq. behauptet.

§. 1188. Von den actionibus in rem scriptis.

Actiones in rem scriptae sind Klagen, die ihrem Ursprunge nach personal sind, und dennoch wie Realklagen gegen jeden Besitzer angestellt werden können. Sie stimmen auch darin mit den Realklagen überein, daß sie dreyßig Jahre dauern. Nur von der actione quod metus haben wir oben (§. 1006.) gehört, daß sie nach Verlauf von vier Jahren nicht mehr auf das Vierfache, sondern nur auf das Einfache angestellt werden kann.

§. 1189. Von den actionibus personalibus rei persecutoriis.

Zweyte Regel: die actiones personales rei persecutoriae (§. 1119), sie mögen nun in den Civilgesetzen oder im Edict des Prätors gegründet seyn, dauern dreyßig Jahre. Aber auch hier sind einige Ausnahmen: 1) die Personalklagen der Kirchen, Städte und des Fiscus dauern vierzig Jahre. 2) Die



1198. Entweder peremtoriae oder dilatoriae.

Wenn ich mich durch eine Exception auf immer von der Klage zu befreyen suche: so heißt sie *peremtoria* oder *perpetua*, eine zerstörliche Schutzrede; wenn hingegen der Zweck der Exception nur dahin geht, mich auf eine Zeitlang gegen die Klage zu schützen: so heißt sie eine verzögerliche, *exceptio dilutoria, temporaria*. Peremtorische Einreden sind alle im vorigen §. angeführten; denn wenn ich z. E. die Einrede der Zahlung opponire, und sie erweise, so bin ich gegen die Klage für immer gesichert. Hingegen wenn ich z. B. die *exceptionem libelli obscuri* der Klage entgegensetze, so bin ich nur so lang frey, bis der Kläger einen neuen deutlichern Libell übergibt. Die dilatorischen Einreden sind entweder a) von der Person des Richters hergenommen, dergleichen ist *exceptio iudicis suspecti;* oder b) von dem Mangel der Jurisdiction, z. E. *exceptio fori incompetentis* oder auch *fori privilegiati*, wenn der Beklagte behauptet, daß er vermöge eines besondern Privilegiums nicht unter dem Richter stehe, vor welchem geklagt worden ist, *exceptio primae instantiae*, der Beklagte behauptet, er müsse nicht vor dem höheren Gericht, sondern zuvor bey dem Unterrichter belangt werden, u. s. w. Oder c) von der Person des Klägers; z. E. *exceptio deficientis personae standi in iudicio;* ich führe an, der Kläger sey eine Person, die nicht im Gericht auftreten dürfe, z. E. weil er noch unmündig sey. Oder d) von dem Mangel der Vollmacht. Diese heißt *exceptio deficientis legitimationis ad acta*, der Anwalt des Gegners habe noch keine Vollmacht beygebracht; oder e) von der Art zu verfahren (modo procedendi), z. E. *exceptio feriarum;* da jetzt Gerichtsferien seyen, so müsse man mich in Ruhe lassen; *termini nimis angusti*, der Richter habe mir eine zu kurze Frist gegeben; *nondum praestitae cautionis pro reconventione et expensis* (§. 1199.); oder f) aus der Sache selbst (ex meritis causae), z. E. *ante diem petitionis, s. pluris petitionis tempore*, ich sey das, was der Kläger fordert, noch nicht schuldig.

1199. Entweder perpetuae oder temporariae.

In einem andern Sinne sind *exceptiones perpetuae* diejenigen, die durch keine Verjährung erlöschen, *temporariae* die, welche, so wie die Klagen, binnen gewisser Zeit opponirt werden müssen. Der Regel nach sind alle Einreden beständig dauernd. Denn es hängt, wie Paulus (a) sagt, vom Kläger ab, wann er klagen will; ihm konnten also die Gesetze eine gewisse Zeit vorschreiben. Hingegen nicht vom Beklagten, wie bald er belangt seyn will. Daher ist seinen Exceptionen kein Termin vorgeschrieben. Wenn ich z. B. die redhibitorische Klage anstellen will (§. 734.), so muß ich es binnen einem Jahr thun. Gesetzt aber ich habe eine Sache gekauft, welche heimliche Fehler hat, und könnte deswegen die redhibitorische Klage gegen den Verkäufer anstellen, unterlasse es

doppelten Ersatz des Schadens belange. 4) Actio depositi miserabilis. 5) Servi corrupti. 6) De deiectis et effusis. Alle diese dauern dreyßig Jahre, ob sie gleich prätorische Pönalklagen sind, also nur Ein Jahr dauern sollten. Doch in dem Fall, wenn ein freyer Mensch getödtet worden ist, dauert die actio de deiectis nur Ein Jahr. 7) Die actio de dolo muß innerhalb zwey Jahren angestellt, und der Proceß soll nach dem Römischen Recht auch schlechterdings binnen diesen zweyen Jahren geendigt werden. Wenn ich indessen betrogen worden bin, und zwey Jahre habe verstreichen lassen, so kann ich doch die actionem in factum anstellen, die dreyßig Jahre dauert, und nicht entehrend (famosa) ist. (§. 1008.). 8) Die Injurienklagen dauern insgesammt nicht länger als Ein Jahr (§. 1075.) (*).

(*) Man sehe überhaupt bey diesem §. Thibaut am a. O. §. 53., welcher in Ansehung der Dauer der Injurienklagen die (§. 1075.) angeführte gemeine Meynung zu vertheidigen sucht. W.

§. 1191. Von den peinlichen Anklagen.

Vierte Regel: die peinlichen Anklagen dauern gewöhnlich zwanzig Jahre, von Zeit des begangenen Verbrechens angerechnet. Von dieser Regel gehen ab, und müssen innerhalb fünf Jahren angestellt werden: 1) die Anklagen solcher Verbrechen, die lex Iulia de adulteriis bestraft, das heißt, der Fleischesverbrechen. 2) Die Anklage des Peculats, das heißt des Diebstahls öffentlicher Gelder (§. 1270.); 3) und aus dem *SCto Silaniano*. Wenn der Erblasser von seinen Sklaven ermordet worden ist, oder diese ihm wenigstens, als er ermordet wurde, nicht beygestanden haben, so ist der Erbe schuldig, die Sache anzuklagen. Er darf auch nicht eher die Erbschaft antreten, und das Testament eröffnen, bis er jenes gethan hat. Handelt er dem Gesetz zuwider, so nimmt der Fiscus die Erbschaft weg, und der Erbe wird dabey mit einer Strafe von 100 aureis belegt. Indessen wird sein Vergehen innerhalb fünf Jahren verjährt (*1). Es giebt aber auch Verbrechen, deren Anklage gar nicht verjährt wird. Dergleichen sind: Abfall vom christlichen Glauben, Unterschiebung eines Kindes und parricidium (§. 1265.) (*2).

Fünfte Regel: durch die Litiscontestation werden alle Klagen perpetuirt; das heißt, wenn ich eine Temporalklage angestellt habe, und lis contestirt ist: so kann ich den Proceß 29 Jahre liegen lassen, und vor Ablauf des dreyßigsten wieder fortsetzen. Eine actionem perpetuam kann ich nach geschehener Litiscontestation 39 Jahre liegen lassen, und vor Ablauf des vierzigsten wieder erwecken und fortsetzen. Jene dreyßig und diese vierzig Jahre werden übrigens von der letzten Handlung an gerechnet, die im Proceß vorgenommen worden ist (*).

(1) Die Hauptschrift von dieser Materie ist *Hert.* diss. de herede occisi vindice, in opusc. Tom. I. part. 3. pag. 185. sqq.

(2) Doch s. *Stryk* de act. investig. sect. 3. membr. 2. ex. 5. lim. 1. *Müller* ad *Leyser* obs. 857. — Thibaut l. c. §. 52.

(*) L. ult. C. de praescr. XXX. vel XL. annor. (VII. 39.) L. 1. §. 1. C. de annali except. (VII. 40.) Glück's Pandecten Th. 6. §. 503. Damit ist aber nicht zu verwechseln die 30jährige Dauer der dem obsiegenden Theil aus der Rechtskraft zuständigen Klage. L. 6. §. 3. D. de re iudic. Schmidt von Klagen und Einreden §. 1148. W.

§. 1192. Welche Klagen gehen auf die Erben?

Die Klagen, das heißt, das Recht zu klagen, gehören, so wie alle Rechte eines Menschen, zu seinem Vermögen. Daher können sie, der Regel nach, auch von den Erben des Berechtigten angestellt und fortgesetzt werden, d. h. actiones *ad* heredes transeunt. Der Erbe stellt den Verstorbenen in Rechten, aber auch eben so in Verbindlichkeiten vor (§. 482.); daher auch die Klagen der Regel nach gegen die Erben des Verpflichteten fortdauren, d. h. actiones *in* heredes transeunt. Doch haben beyde Regeln einige Ausnahmen. A) Ueberhaupt in sofern in vorkommenden Fällen von ganz persönlichen Rechten und Verbindlichkeiten, die an sich schon des Uebergangs auf die Erben als solche nicht fähig sind (§. 482.), die Rede ist. B) Besonders aber kann 1) eine Klage von dem Erben nicht angestellt werden, wenn ihm nichts daran gelegen ist, daß die Klage des Erblassers auf ihn transferirt werde. Daher gehen die actiones populares (§. 1119.) nicht auf die Erben, weil der Erbe keinen Vortheil davon hätte. Diese Klagen kann jeder aus dem Volk anstellen; nun ist aber der Erbe auch einer ex populo, und kann daher in dieser Eigenschaft klagen; folglich wäre es ungereimt, wenn er als Erbe klagen wollte (*1). 2) Die Klagen, welche blos auf eine Rache abzwecken (ad vindictam tendunt), gehen nicht auf die Erben. Daher können die Injurienklagen (§. 1066. ꝛc.), die querela inofficiosi testamenti (§. 535.), actio de calumniatoribus (§. 1116.), die Klage auf Wiederrufung einer Schenkung der Undankbarkeit wegen (§. 412.) nicht von den Erben angestellt werden. Hat aber der Erblasser die Klage schon angestellt, und ist nach der Litiscontestation gestorben: so kann der Erbe den Proceß fortsetzen. Ja bey der querela inofficiosi ist genug, wenn der Erblasser nur erklärt hat, daß er klagen wolle (§. 535.).

(1) Eine ausführliche Abhandlung über diese Materie ist *Marci a Lyclama* benedictorum libri IV. adversus maledicta et errores cum pragmaticorum tum aliorum variorum, circa actiones ex delicto mere poenales, mixtas, mere rei persecutorias, perpetuas annales ad et adversus heredes quatenus transitorias vel non transitorias, aliaque varia. Lugd. Bat. 1617. 8.

§. 1193. Welche Klagen gehen gegen die Erben?

Wenn die Frage ist, welche Klagen gegen die Erben angestellt werden können, so ist zu bemerken; 1) alle actiones rei persecutoriae, welche ein ius in rem verfolgen, finden eigentlich gegen die Erben als solche nicht Statt (*),

Beklagte haben würde, vielmehr muß dieser über jedes Anbringen des Klägers vom Richter immer gehört werden. Wo aber die Gerichte in schlechter Verfassung sind, da schreiben die Advocaten bis zur Quintuplik und Sextuplik, ja oft noch weiter; so lange bis sie [illegible]de sind, und das werden manche nicht so bald, weil sie für die Gebühr schreiben.

TIT. XV.

DE INTERDICTIS.

§. 1205. Was sind Interdicte?

Interdicte waren nach einem gewissen Formular abgefaßte Befehle des Prätors in einer Sache, die keinen Verzug litte, oder das öffentliche Beste betraf, welche er, ohne den Impetraten (das heißt den, gegen welchen der Befehl gerichtet ist), mittelst förmlicher Untersuchung der Sache, gehört zu haben, ergehen ließ. Aber auch die Bitten um einen solchen Befehl, die Klage auf ein Interdict, wird interdictum genannt; daher sagen die Römischen Juristen: interdicto agere, experiri, interdictum movere, und heutigestages sagt man: er hat ein Interdict angestellt. In den neuern Zeiten würden zwar die Interdicte selbst nicht abgeschafft; sonst würde Justinian nicht in den Institutionen und Pandecten so weitläuftig davon gehandelt haben; nur die alten Formeln kamen ab, und die alte Art zu procediren wurde geändert; und das wollen die Worte in der Rubrik des 1sten Titels im 43sten Buch der Pandecten sagen: de interdictis, *sive extraordinariis actionibus*, *quae pro his competunt*. Ihren Namen haben übrigens die Interdicte entweder von ihrem Erfinder; wie z. E. das Salvianum, von einem Prätor Salvius (*1), oder von den Anfangsworten, z. E. das interdictum uti possidetis (§. 1216.), oder von dem Gegenstande, z. E. interdictum de glande legenda.

(1) Ob von Salvius Julianus, dem Verfasser des beständigen Edicts (§. 55.) oder einem andern, ist zweifelhaft. *Bynkershoek* obs. lib. 1. cap. 23. *Wer* obs. lib. 1. cap. 14.

§. 1206. Erste Eintheilung der Interdicte.

Sieht man auf die Form der Interdicte, so sind sie entweder *prohibitoria*, oder *restitutoria* oder *exhibitoria*; nachdem der Prätor entweder befiehlt, daß etwas unterbleiben, oder daß etwas herausgegeben, oder daß mir etwas dargestellt oder herbeygeschafft werden soll, um davon den nöthigen Gebrauch zu machen. Prohibitoria interdicta sind: *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit*, *ne quid in loco sacro fiat*, was die heilige Stätte verunzieret oder beschädiget; *ne quid in loco publico vel itinere fiat* (*1). Ein restitutorium interdictum ist das *unde vi*; und exhibitoria sind *interdictum de libero homine exhibendo* und *de tabulis exhibendis*.

(1) Man s. von diesen Interdicten: *Ev. Otto* de tutela viarum publ. part. 3. cap. 8. p. 521. sqq. *G. L. Boehmer* de iure principis circa loca et opera publica, cap. 2. §. 14. sqq. in elect. iur. civ. vol. 1. p. 609. sqq.

§. 1207. Zweyte Eintheilung.

Wenn man auf den Gegenstand der Interdicte sieht: so betreffen sie entweder ein obiectum divini, oder humani iuris. Von der ersten Art ist das interdictum ne quid in loco sacro fiat. Die Interdicta de rebus humani iuris betreffen entweder einen freyen Menschen, welchen ein anderer widerrechtlich zurückhält, dergleichen ist das interdictum de libero homine exhibendo, oder eine dem ganzen Staat gehörige Sache, wie z. E. das interdictum ne quid in loco publico fiat, oder eine Privatsache; die letztern sind entweder interdicta adipiscendae, oder retinendae, oder recuperandae possessionis. Wenn ich den Besitz einer Sache erst jetzt zu erlangen suche, da ich ihn, wenigstens so, wie er nun vorkommt, bisher noch nicht hatte: so ist es interdictum adipiscendae possessionis. Werde ich in meinem gegenwärtigen Besitz gestört: so suche ich ein interdictum retinendae possessionis, und wenn ich gänzlich aus dem Besitz gesetzt worden bin, mithin wieder eingesetzt seyn will, so bitte ich um ein interdictum recuperandae possessionis.

§. 1208. Interdicta adipiscendae possessionis.

Die interdicta adipiscendae possessionis sind für den Practiker äusserst merkwürdig, denn wir wissen, es gehört zu den Vortheilen des Besitzes (§. 283.), daß der Besitzer nicht schuldig ist zu beweisen, die Sache, die er besitzt, gehöre ihm, sondern daß der Gegner den Beweis des Gegentheils übernehmen muß. Daher ist es sehr rathsam, daß man durch ein Interdict den Besitz der Sache zu erlangen suche, und dadurch die Last des Beweises auf den Gegner wälze (*1).

Unter den interdictis adipiscendae possessionis sind die vornehmsten *quorum bonorum*, *quod legatorum* und *Salvianum*. Sonst gehören auch noch hierher: *interdictum de glande legenda*, *de itinere, quo venditor usus est*, und *ex L. 3. C. de pignoribus*.

Das Interdictum de glande legenda ist oben §. 327. beschrieben worden. Das de itinere kommt in folgendem Fall vor: Jemand hat mir ein Grundstück verkauft, wegen dessen er bisher die servitutem itineris über des Nachbarn Grundstück ausgeübt hat, der Nachbar aber will mir, dem Käufer, das Gehen über sein Gut nicht erlauben. Ich bitte also um einen Befehl, daß er mir die Ausübung dieses Rechtes verstatte (*2). Endlich das interdictum ex L. 3. C. de pignor. (VIII. 14.) setzt voraus, daß mir einer etwas verpfändet, und zugleich erlaubt hat, bey nicht erfolgender Zahlung eigenmächtig von dem Pfand Besitz zu nehmen, gleichwohl sich dieser Besitznehmung jetzt widersetzt. Meine Bitte ist, dem Gegentheil anzubefehlen, daß er mir den Besitz des ver-

schriebenen Stückes so lange einräume, bis ich wegen Capital, Zinsen und Kosten befriedigct worden sey.

(1) L. 24. D. de rei vind. — Diese Interdicte adipiscendae possessionis enthalten aber, wie einer der ersten Rechtslehrer Deutschlands, Pütter in seinen Rechtsfällen III. 313. 25. ꝛc. sehr richtig bemerkt hat, eine große Abweichung von der Regel des Rechts. Denn so richtig es ist, daß ein Jeder in dem Besitze, den er schon hat, oder woraus er von Andern ungebührlich verdrängt worden ist, vor allen Dingen geschützt, oder darin wieder hergestellt werde; so sehr ist es gegen alle Regel des Rechts, daß dem, der nicht im Besitz, aber auch nicht widerrechtlich daraus vertrieben ist, dennoch gegen den wirklichen Besitzer erst der Vortheil des Besitzstandes zugewandt, und der bisherige possessor dagegen genöthigt werden soll, der für ihn streitenden Rechtsvermuthung ungeachtet, sein Recht nunmehr in einem oft weitläuftigen Rechtsstreit auszuführen (§. 283.). Dergleichen konnte also nur in gewissen ganz ausserordentlichen Fällen von einer so aufgeklärten Gesetzgebung, wie die Römische, gestattet werden, und es versteht sich daher von selbst, daß die remedia adipiscendae possessionis nur auf diese besondern Fälle, deren jedoch der angeführte Rechtslehrer nur die vorzüglichsten nennet, eingeschränkt werden müssen, und keine weitere Ausdehnung zulassen. W.

(2) L. 2. §. 3. D. interdict. Bey andern Real-Dienstbarkeiten kann es *auch angewendet werden.* — Weil in der servitute itineris in diesem Betrachte kein besonderer Grund liegt, den sie nicht mit andern Realservituten völlig gemein haben sollte. Ueberdem ist aber auch bey diesem Interdicte, ob es gleich Paulus L. 2. §. 3. cit. zu den remediis adipiscendae possessionis rechnet, nicht sowohl von einem erst zu erlangenden, als vielmehr von einem dem praedio dominanti durch den Vorgänger bereits erworbenen Besitze, und dessen Aufrechthaltung die Rede, welches dem Nachfolger billig zu Gute kommt. W.

§. 1209. Was ist das interdictum quorum bonorum?

Das Erbrecht entsteht entweder aus den Civilgesetzen, oder aus dem prätorischen Edict. Das letzte heißt bonorum possessio. Einem prätorischen Erben stehen zweyerley Rechtsmittel zu, ein petitorisches und possessorisches. (§. 1089.) Das petitorische heißt *hereditatis petitio possessoria* (§. 707.), das possessorische *interdictum quorum bonorum.* Der Prätor giebt dieses Interdict demjenigen, welcher sein Erbrecht einigermassen bescheinigen kann, gegen einen, der die Erbschaft pro herede oder possessore besitzt, und keine so probablen Gründe seines Erbrechts anzugeben im Stand ist. Er setzt nemlich jenen in den Besitz der Erbschaft, und verweiset diesen mit seinen weit aussehenden Gründen in das petitorium.

§. 1210. Unterschied dieses Interdicts und der Erbschaftsklage.

Dieses Interdict ist also von der Erbschaftsklage (hereditatis petitione) sehr verschieden. Denn a) wer die Erbschaftsklage anstellt, der will für den wirklichen Erben erklärt seyn; er klagt auf das Erbrecht; er klagt *in petitorio* (§. 1089.); hingegen durch das Interdict sucht man nur den Besitz der Erbschaft.

b) Die

b) Die Erbschaftsklage geht auf alle Erbschaftssachen, körperliche und unkörperliche, das Interdict nur auf die ersteren: denn unkörperliche Sachen sind kein Gegenstand des Besitzes (§. 341.). c) Bey der Erbschaftsklage muß der Kläger sein Erbrecht vollständig beweisen; die Ausflüchte des Beklagten, wenn sie gleich *altioris indaginis* sind, wie die Juristen reden, müssen sämmtlich untersucht und geprüft werden; hingegen wenn ich das Interdict anstelle, so bescheinige ich nur mein Erbrecht, das heißt, ich mache es wahrscheinlich; weit aussehende Exceptionen des Beklagten werden hier nicht angehört, sondern ins petitorium verwiesen. Man sieht hieraus, daß dieses Interdict sehr nützlich ist. Denn wenn ich die Erbschaftsklage anstelle, so kann der Proceß viele Jahre dauern, und während dieser Zeit bleibt der Gegentheil immer im Besitz. Hingegen bey dem Interdict geht alles summarisch und kurz, ich komme in den Besitz, und kann nun den Ausgang der Sache im petitorio ohne Nachtheil abwarten. Und aus diesem Grund, weil das interdictum quorum bonorum so nützlich ist, hat man es in der Folge auch auf den Civilerben ausgedehnt, und nennt es daher, im Fall es der bonorum possessor anstellt, *directum*; wenn es hingegen der Civilerbe sucht, *utile*. Z. E. ich bin bisher öffentlich für den Bruder des Erblassers gehalten worden; da ich die Erbschaft als Intestaterbe in Besitz nehmen will, macht mir ein entfernterer Verwandter quaestionem status, behauptet, ich sey kein legitimer Bruder; seine Argumente aber erfordern eine weitläuftige Untersuchung. In diesem Fall kann ich das interdictum quorum bonorum utile mit vielem Vortheil gebrauchen, mein Erbrecht summarisch beweisen, und bitten, daß man mich in den Besitz der Erbschaft so lange setzen möge, bis der Gegentheil sein Vorrecht in petitorio bewirsen habe.

§. 1211. Vom remedio ex L. ult. C. de edicto D. Hadr. toll.

Auch insonderheit auf den Testamentserben ist es erstreckt worden, und in diesem Fall heißt es *remedium ex L. ult. C. de edicto Divi Hadriani tollendo*. (VI. 33.). Wenn ich nemlich in einem Testament zum Erben ernannt bin, das keinen sichtbaren Fehler hat, das heißt, keinen solchen, der bey der Ansicht und Durchlesung des Testaments sogleich erhellet: so kann ich bitten, daß man mich in den Besitz der Erbschaft setze, und die Einreden der Intestaterben gegen das Testament, welche einer weitläuftigen Untersuchung bedürfen (exceptiones altioris indaginis), zur besondern Ausführung (ad separatum) verweise. Den Namen hat dieses Interdict daher: Lex Iulia verordnete, daß jeder Erbe, der kein Agnat sey, fünf Procent an den Fiscus zahlen sollte. Damit diese vicesima von den Erben ohne Verzug entrichtet werden könnte, gab K. Hadrian das Edict, daß einem Testamentserben, wenn er binnen Jahresfrist, vermöge eines sichtlich fehlerfreyen Testaments, auf den Besitz der Erbschaft antragen würde, ohn Weitläuftigkeit dazu geholfen, dagegen aber er nach Ablauf eines Jahrs nicht

weiter gehört werden solle.(*1) Ob nun gleich jene Abgabe in der Folge aufhörte, so behielt man doch die erwähnte Vorschrift in Ansehung der dem Erben gesetzten Frist noch immer bey. Dieß hob Justinian in cit. L. ult. C. auf, und gestattete dem Erben die Anträge auf den Besitz der Erbschaft bis zum Ablauf der sonst gewöhnlichen Verjährungszeit (*2).

(1) *Gottfr. Mascov.* diss. ad L. ult. C. de Ed. D. Hadr. tollendo, §. 10. sqq. in opusc. p. 155. sqq.

(2) Die Worte des Gesetzes sind: sancimus, ut si quis asse vel ex parte institutus, competenti iudici testamentum ostenderit, *non cancellatum neque abolitum, neque ex quacumque suae formae parte vitiatum*, seu quod in prima figura (bey dem ersten Anblick) sine omni vituperatione adpareat, et *depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit*, mittatur quidem in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur, et eam testificatione publicarum personarum accipiat. Sin autem aliquis contradictor exstiterit (welcher nemlich behauptet, das Testament habe einen sichtbaren Fehler), tunc in iudicio competenti causae in possessionem missionis et subsecutae contradictionis ventilentur. S. Geigers und Glücks Rechtsfälle. 1. B. 7. Fall. — Vergl. über die Geschichte und Erklärung dieses Rechtsmittels *Leyser* spec. 500. med. 5. ꝛc. Westphal von Vorlegung und Eröffnung d. Testamente ꝛc. §. 534 ingleichen was die nähere Anwendung desselben betrifft, Schmidt von Klagen u. Einreden §. 597. ꝛc. u. das. angef. DD. W.

§. 1212. Vom interdicto quod legatorum.

Das interdictum quod legatorum setzt Folgendes voraus: 1) ein Legatar occupirt die vermachte Sache ohne ausdrückliche Erlaubniß des Erblassers oder Erben; denn hat er diese Erlaubniß gehabt, so fällt das Interdict weg. 2) Ehe der Erbe den Besitz der Erbschaft apprehendirt hat; ist dieß schon geschehen, so begeht der Legatar durch die Besitzergreifung ein spolium. 3) Der Erbe hat ein Interesse dabey, daß ihm das Legat wieder herausgegeben werde, weil z. E. die Falcidia noch nicht ausgerechnet und abgezogen ist; weil der Erbe die Wahl hat, dem Legatar die apprehendirte oder eine andere Sache zu geben u. s. w. Er will auch 4) Caution stellen, daß, sobald als jene Umstände gehoben sind, der Legatar die Sache wieder haben soll. In diesem Fall kann er das interdictum quod legatorum anstellen, und bitten, daß der Legatar die Sache wieder herausgebe, bis die vorwaltenden Umstände gehoben sind. — Dieß Rechtsmittel findet übrigens unter gleichen Voraussetzungen auch wegen eigenmächtiger Ergreifung der Fideicommisse Statt. L. un. C. quod legator. (VIII. 3.)

§. 1213. Vom interdicto Salviano und quasi Salviano.

Wenn mir mein colonus, das heißt, einer, der mein praedium rusticum (§. 715.) gepachtet hat, zur Sicherheit des Pachtgeldes seine Mobilien verschreibt, und mir Pachtgeld schuldig bleibt: so kann ich ein Interdict anstellen, um zum Besitz dieser Sachen zu gelangen, und dieses heißt *Salvianum*. Man hat es



nachher auch auf andere Pfandgläubiger ausgedehnt, und in diesem Fall heißt es *quasi salvianum* oder *utile* (*[1]).

(1) *Müller* ad *Leyser* obs. 856.

§. 1214. Unterschied dieser Interdicte von der hypothecarischen Klage.

Diese Interdicte sind also von der hypothecarischen Klage unterschieden, 1) darin: bey dieser Klage bitte ich, daß mir das Pfandrecht, und in Gefolge desselben der Besitz zuerkannt werde; bey den Interdicten hingegen nur um Besitz des Pfandes. 2) Die hypothecarische Klage geht gegen den Besitzer; das Salvianische und Quasi-Salvianische Interdict nur gegen den Schuldner. Dieß ist wenigstens die richtigere, in der L. 1. Cod. de precar. et Salv. interd. (XIII. 9.) gegründete Meynung (*[1]). 3) Wenn die Interdicte gesucht werden, so sind Bescheinigungen hinreichend; die Sache wird summarisch behandelt, wie bey allen Interdicten. Wo hingegen die hypothecarische Klage angestellt wird, da muß ein förmlicher strenger Beweis (*) geführt werden, die Sache wird nach den Regeln des ordentlichen Processes (§. 1240.) verhandelt, und der Kläger muß sich auf alle Exceptionen des Beklagten, auch die weit aussehenden (altioris indaginis), einlassen (*[2]).

(1) Dort heißt es: Si te non remittente pignus debitor tuus ea, quae tibi obnoxia sunt, venumdedit: integrum tibi ius est ea persequi, non interdicto Salviano (id *enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit*), sed Serviana actione etc. *Berger* diss. de Salv. interd. th. 10. *Water* obs. iur. rom. lib. 1. cap. 14. *Boehmer* praefat. ad *Brisson*. §. 12. not. p. in Ex. ad P. tom. 1. p. 75. et in tract. de act. sect. 2. c. 3. §. 103. *Cocceii* iur. contr. tit. de Salv. interd. *Püttmann* diss. de Salviano interdicto cap. 6. p. 34. *Baumann* Ex. II. de D. Gordiano, Lips. 1793. *Müller* ad *Leyser* obs. 857. Anderer Meynung sind *Cuiacius* lib. 5. obs. cap. 24. *Fachinaeus* controv. iur. lib. 8. cap. 92. *Pesler* diss. de Salv. interd. utili adversus quemcunque rerum oppignoratarum possessorem competentem. *Walch* controvers. pag. 729. edit. III. *Erxleben* de pignor. p. 247. und zwar wegen der L. 1. §. 1. D. de Salv. interd. wo es heißt: Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent: singuli *adversus extraneum* Salviani interdicto recte experientur; inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis conditio melior erit. Allein der *extraneus* ist, wie der Gegensatz inter ipsos vero sqq. zeigt, der Pachter. Will man darunter aber einen dritten Besitzer verstehen, so kann doch keiner gemeynt seyn, als einer, welcher die Sache, wissend, daß sie verpfändet sey, an sich brachte; oder auch einer, der gar keinen Titel hat. — Vergl. Westphal vom Pfandrechte §. 282 2c.

(*) Von diesem Beweise s. Schmidt von Klagen u. Einreden §. 491. Westphal vom Pfandrechte §. 270 2c. Vergl. auch *Faber* error. pragmat. VI. 5 fin.

(2) *Leyser* sp. 511. m. 1. 2.

§. 1215. Von den interdictis retinendae possessionis.

Die Interdicte, wodurch man die Possession zu erhalten sucht, in welcher

man sich befunden hat, und noch befindet, worin uns aber ein Anderer stört, sind das *interdictum uti possidetis* und *utrubi*.

§. 1216. Vom interdicto uti possidetis.

Wenn ich mich im Besitz einer unbeweglichen Sache befinde, und zwar 1) in meinem eigenen Namen, nicht als Miethsmann, Commodatar, Depositar u. s. w. (denn wer in eines Andern Namen besitzt, bekommt dieses Interdict nicht); 2) nicht mit Gewalt, nicht heimlich, nicht bittweise (vi, clam et precario); 3) darin turbiret werde, directe oder indirecte; z. E. Jemand will mir nicht erlauben, in meinem Hof zu bauen, meinen Wald nach Gefallen zu benutzen; macht Anstalten, mich aus dem Besitz zu setzen u. s. w.: so kann ich dieses Interdict anstellen, und bitten, daß dem Gegentheil die Störungen meines Besitzes verboten werden, daß er deßfalls Caution leiste (cautionem de non amplius turbando), und daß er mir allen Schaden ersetze. Den Namen hat dieses Interdict von den Anfangsworten. Denn es hieß: uti possidetis quo minus ita possidetis, vim fieri veto. Daß der Prätor im Plural sprach, uti possidetis, und nicht uti possides, kommt daher, weil er zuweilen beyde Theile im Besitz schützte (§. 1222.).

§. 1217. Es ist entweder summariissimum oder ordinarium.

Nach dem Römischen Recht bekam, wie gesagt, nur derjenige das interdictum uti possidetis, der sich, in Beziehung auf den Gegner, wider den er geschützt seyn wollte, nicht mit Gewalt, nicht heimlich, nicht bittweise im Besitz befand. Es mußte keine possessio vitiosa (*) seyn, die man dem Gegner ungebührlich entzogen hatte. Auf die Rechte eines Dritten kam es hier nicht an. Weil aber über den Besitz oft heftige Streitigkeiten entstehen, und die Partheyen zu Thätlichkeiten schreiten, indem sich ein Jeder im Besitz schützen will; in unsern Gerichten auch der Gang der Rechtspflege so langsam ist, daß die Untersuchung, wer von beyden Theilen nicht vi, clam und precario besitze, viele Jahre dauern kann: so ist in den Deutschen Gerichten der Grundsatz angenommen: a) daß einer im Besitz geschützt werden müsse, wenn er auch weiter nichts, als den bloßen Besitz (nudum factum possessionis) beweisen kann; wofern nur die Fehler des Besitzes (vitia possessionis) nicht ganz offenbar sind; b) daß er indessen aus dem Besitz weichen müsse, wenn der Gegentheil zeigt, daß er in einem ältern und besseren Besitz sey (**).

Daher ist denn das interdictum uti possidetis, wie es in unsern Gerichten vorkommt, oder wie es die Praktiker nennen, das remedium possessorium entweder *summariissimum* oder *ordinarium*. In dem summariissimo wird auf weiter nichts gesehen, als auf das factum possessionis, und auf possessionem *momentaneam*, ob einer jetzt im Besitz ist. Hingegen im ordinario wird auf Alter und Eigenschaften des Besitzes gesehen; ob ich länger im Besitz

expensis spectantes Norimb. 1802. Bey 3. aber, von Aussetzung des Kostenpuncts, ist C. Martin de iuste suspendendo iudicio de expensis etc. Goett. 1796. nachzusehen. W.

TIT. XVII.

DE OFFICIO IUDICIS.

§. 1227. Was heißt iudicium?

Das Wort iudicium hat im Römischen Recht mancherley Bedeutungen. Es bedeutet a) Zuweilen den Richter. Man sagt z. E. das Gericht befehle etwas. b) Zuweilen eine Klage, z. E. in dem Ausdruck iudicium finium regundorum; zuweilen c) den Ort, wo Gericht gehalten wird. Hier verstehen wir darunter eine gesetzliche Untersuchung und Entscheidung eines Rechtsstreites, die von dem competenten Richter geschieht, oder, was man auch Proceß nennt, die rechtmäßige Verhandlung einer Rechtssache vor dem Richter, zum Zweck ihrer rechtlichen Untersuchung und Entscheidung. — In dem iudicio ist also zu betrachten 1) das Subject desselben, das heißt, die Personen, die dazu gehören; 2) das Object oder die Sachen, welche untersucht und entschieden werden; 3) die Form des Verfahrens sowohl von Seiten des Richters als der streitenden Theile.

§. 1228. Personen des Gerichts.

Einige Personen sind im Gerichte wesentlich nöthig, andere sind nur zufällig vorhanden. Wesentlich nöthige sind 1) die Partheyen, das heißt, Kläger und Beklagter; 2) der Richter. Zufällige Personen sind auf Seiten des Richters der *Actuarius*, die Beysitzer, Gerichtsschreiber, Gerichtsdiener, und bey den Römern die *manus militaris*, Leute, die zur Execution gebraucht wurden; von Seiten der Partheyen: die Advocaten, Procuratoren, Syndici; *litis denunciati*, Vormünder, Pfleger und *actores*, das heißt, Sachwalter, die der tutor oder curator allein, ohne Zuziehung des Pupillen oder Minderjährigen, und zwar vor geschehener Litiscontestation bestellte.

§. 1229. Was ist der Kläger und Beklagte?

Kläger heißt, welcher im Gericht eine Klage (§. 1088.) anbringt. Beklagter, gegen den eine Klage angebracht wird. Zuweilen wird Jemand belangt, und stellt gegen den Kläger eine Widerklage (reconventionem) an (§. 1181.). Z. E. ich belange einen aus einem Pachtcontract. Er behauptet, daß er mir nichts schuldig sey, mich vielmehr überzahlt habe, und fordert dieß Ueberzahlte zurück. In diesem Fall heißt er der Widerkläger, und ich, der Kläger, heiße Widerbeklagter. Beyde, sowohl der Kläger als Beklagte, müssen personam standi in iudicio, das heißt, das Recht haben, im Gericht zu erscheinen.

gemeine Beste betrifft, oder c) ein unersetzlicher Verlust haben zu besorgen i
oder d) die Sache aus andern Ursachen keinen Verzug leidet: so kann der Ri
ter nach den Reichsgesetzen und Verordnungen, oder der Praxis einzelner D
schen Provinzen sogleich einen Befehl geben. (Beyspiele sind: wenn Jema
aus klaren Briefen und Siegeln, oder auch in andern klaren Schuldsachen kla
wenn einer mit Vorbeygehung der Obrigkeit sich selbst (via facti) Hülfe scha
will, z. E. durch unerlaubte Pfändungen; wenn Jemand Fideicommißgü
veräußern will; wenn ein Arrest gegen angebotene hinlängliche Caution ni
aufgehoben wird; wenn Jemand widerrechtlich ein Gebäude aufführen oder n
derreissen, einen Wald umhauen will; wenn mir einer die schuldigen Alim
verweigert; der Richter die Justizpflege versagt oder verzögert, einen mit Un
recht im Gefängniß hält; der Unterrichter, nachdem von seinem Ausspruch appel
lirt worden ist, doch in der Sache fortfährt und Verfügungen macht; wenn die
Unterthanen ihrer Obrigkeit die Leistung der Huldigung oder schuldigen Abgaben
verweigern; wenn Ueberfall mit Waffen, Aufruhr, Tumult, vorhanden, oder
zu befürchten ist rc.

Die Mandate werden entweder mit oder ohne Anhang ertheilt (man
data vel cum clausula, vel sine clausula). In einem Mandate ohne Clausel
wird einem schlechterdings und oft auch bey Strafe zu gehorchen befohlen.
Meistens wird ihm auch auferlegt, in einem gesetzten Termin zu erscheinen, und
glaubhafte Anzeige zu thun, daß er dem Gebote ein Genüge gethan habe, oder
zu sehen und zu hören, daß er seines Ungehorsames wegen in die angedrohte
Strafe werde verurtheilt werden (*1). In dem Mandate mit der Clausel hin
gegen heißt es, er solle gehorchen, oder (nun folgt die Clausel) binnen der und
der Frist erhebliche Ursachen beybringen, warum er sich nicht schuldig
erachte, dem Gebot Folge zu leisten. Gegen ein Mandat mit der Clausel
haben alle gegründete Einreden Statt, gegen eins ohne Clausel aber kann
nur die *exceptio sub- et obreptionis* opponirt werden. Wenn nemlich der
Impetrat (der, gegen den das Mandat ergangen ist) zeigen kann, daß der
Impetrant (der es ausgewirkt hat) in seiner Vorstellung wahre Umstände
verschwiegen oder falsch angeführt habe: so wird das Mandat cassirt. Kann
er das aber nicht, führt er keine, oder solche Exceptionen an, welche der Richter
ungegründet findet, so wird, entweder sogleich, oder nachdem der Impetrant
mit seiner Replik gehört worden ist, das Mandat bestätigt (*2).

(1) In welchen Fällen bey den Reichsgerichten Mandate ohne Clausel erlassen
werden können, bestimmt der jüngste Reichsabschied §. 79. und die Cammerge
richtsordnung 2. Th. 25. Tit.

(2) Wer mehr von dem Mandatsproceß zu wissen verlangt, muß die Processua
listen, z. E. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses, 3. B.
ff. Tit. nachschlagen.

TIT. XVI.

DE POENA TEMERE LITIGANTIUM.

§. 1224. Was heißt temere litigare?

Etwas anderes ist *iniuste*, etwas anders *temere*, und wieder etwas anders *calumniose litigare*. Wer Proceß führt, ohne Recht zu haben, der litigirt *iniuste*. Er kann aber doch einige Scheingründe haben. Wer dergleichen nicht einmal hat, und doch processirt, der litigirt *temere*. Ein temerarius litigator kann indessen glauben, Recht zu haben, er kann in bona fide seyn. Wer aber Proceß führt, und weiß, daß er Unrecht hat, blos aus Schikane processirt, der heißt *calumniosus litigator*. Um verwegene und schikanöse Processe zu verhüten, haben die Gesetzgeber das iuramentum calumniae und verschiedene Strafen eingeführt.

§. 1225. Vom iuramento calumniae.

Das *iuramentum calumniae*, **Eid vor Gefährde**, ist der Eyd, wodurch Parthey oder Sachwalter versichern, daß sie ihre Sache für gerecht halten. Nach dem Römischen Recht soll jede litigirende Parthey und jeder Advocat bey dem Anfang des Processes ein *iuramentum calumniae generale* ablegen. Allein dieß geschieht heutigestags fast nirgends. Hingegen das iuramentum calumniae *speciale*, das auf einzelne im Proceß vorkommende Handlungen gerichtet ist, ist noch gewöhnlich. Z. E. wenn ich von Jemand die Herausgabe gewisser Documente fordere, und es wahrscheinlich ist, daß ich dieß nur in der Absicht thue, um ihn zu schikaniren: so kann er von mir das iuramentum calumniae fordern. Auch muß fast in allen deutschen Provinzen einer, der seinem Gegentheil den Eyd zuschiebt, zuvor das iuramentum calumniae schwören.

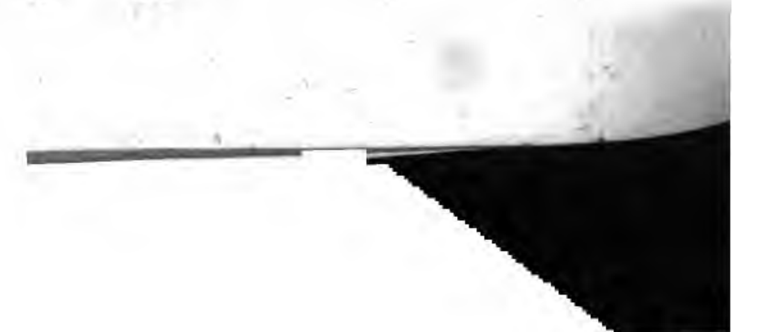
§. 1226. Von den Strafen der verwegenen Litiganten.

Die Strafe des verwegenen Litigirens sind mancherley. 1) **Die Strafe des doppelten Ersatzes.** Diese findet Statt, a) wenn ich einem ein depositum miserabile wissentlich abläugne (§. 785.); b) wenn ich läugne, ein damnum iniuria begangen zu haben (§. 1058.); oder c) exceptionem non numeratae pecuniae gegen besseres Wissen opponire (§. 851.); oder d) ein Vermächtniß, das einer frommen Stiftung verlassen ist, boshaft abläugne (§. 1121.). 2) **Die Last der Beweisführung.** Wenn ich condictionem indebiti anstelle, so muß ich beweisen, daß ich indebite bezahlt habe. Gesetzt aber, ich belange einen condictione indebiti, und er läugnet die Zahlung. Jetzt muß er zur Strafe beweisen, daß ich *debite* bezahlt habe. 3) **Der Verlust des Rechtes, ein schädliches Thier an Zahlungsstatt zu geben** (§. 1169.) (*). 4) **Die Ersetzung der Proceßkosten.** Wenn ich einen Proceß zwar verliere,

aber doch einige Scheingründe vor mir gehabt habe, so werden die Kosten [verglichen], das heißt, ich ersetze meinem Gegentheil das nicht, was ih[m der] Proceß gekostet hat. Wer aber temere litigirt und verliert, der muß [dem] Sieger alle Proceßkosten erstatten (*1). Ob die erste der besagten Stra[fen in] Deutschland noch dictirt werde, daran zweifle ich, da wir keine Klagen auf[s] Doppelte, Dreyfache rc. haben (§. 1127.). Die übrigen aber unter Nu[m.] 3. und 4. finden auch bey uns Statt.

(*) Vergl. hiebey überhaupt *I. C. Knoetschker* de poena inficiationis te[m.] litigantium, Lips. 1799.

(1) Dieß ist die gemeine Lehre. Richtigere Grundsätze stellt Weber in s. Abhand[lung] über die Proceßkosten, deren Vergütung und Compensation (Sch[werin] vierte Aufl. 1798. 8.) auf. Er zeigt, daß die Erstattung der Proceßkosten [keine] eigentliche Strafe, sondern eine Entschädigung des obsiegenden Theils [sey], daß daher die Materie von Ersetzung dieser Kosten aus der Lehre von der [Scha]densersetzung beurtheilt werden müsse. Er hat verschiedene Gegner gefun[den], welche aber meines Erachtens nur soviel bewiesen haben, daß der Verfasser [in] der Anwendung seines Grundsatzes etwas zu weit gegangen ist, und in einigen Fällen die Vergleichung der Proceßkosten verwirft, wo man sie ohne Unbilligkeit nicht verwerfen kann. — — In Ansehung der Proceßkosten kommt in den Gerichten vorzüglich eine dreyfache Art der Erkenntnisse vor. 1) Die Verur[]theilung in die Kosten. Diese muß der Regel nach den verlierenden Theil treffen, L. 19. D. u. L. 13. §. 6. C. de iudiciis (III. 1), wofern er nicht rechtsbeständige Entschuldigungsursachen in Ansehung der Proceßführung für sich hat. 2) D[ie] Compensation oder Vergleichung der Kosten, da jeder Theil seinen Antheil tragen muß. Diese setzt voraus, daß keiner der streitenden Partheyen in An[]sehung der Proceßführung rechtlich etwas zur Last fällt, welches aber nicht nach schwankenden Scheingründen, die der verlierende Theil etwa für sich anzuführen gewußt hat, der sogenannten probabilis litigandi causa, sondern nach Rechtsgründen, welche die unrichtige Vorstellung, die er sich von der Sache gemacht hat, entschuldigen, zu beurtheilen ist. Der Irrthum in An[]sehung der Vorschriften des Rechts, und eigner Handlungen oder Thatsachen kann Niemanden, der Andere dadurch beschädigt hat, vom Ersatz befreyen. Die Unwissenheit oder der Irrthum in Ansehung fremder Thatsachen entschul[]digt den streitenden Theil, der hierüber den Beweis von seinem Gegner zu er[]warten berechtigt ist, nicht aber diesen, dem der Beweis obliegt, mithin meistens eher den Beklagten, als den Kläger, weil dieser seiner Sachen gewiß seyn muß. L. 42. D. de regul. iur. 3) Die Aussetzung der Kosten, wenn der Richter zur Zeit der Abfassung des Erkenntnisses noch keine zureichenden Gründe in den Acten findet, um einen Theil in die Kosten zu verurtheilen, oder die [Kosten] zu vergleichen. Z. B. wenn erst auf Beweis erkannt wird. Bey 1. und 2. ist mit der angeführten Schrift zu vergleichen: Hennemann's 1ter und 2ter Beytrag zur Rechtstheorie von Erstattung der Proceßkosten, Schwerin 179[]. Emmrich über die Proceßkosten rc. 2 Theile Göttingen 1791. rc. J. v. Schmidt genannt Phiseldeck Beytrag zu der Lehre v. d. Proceßkosten Helmst. 1793. Dagegen Emmrich observationes ad doctrinam de liti[]



expensis spectantes Norimb. 1802. Bey 3. aber, von
puncts, ist C. Martin de iuste suspendendo iudicio
1796. nachzusehen. W.

TIT. XVII.

DE OFFICIO IUDI

§. 1227. Was heißt iudicium?

Das Wort iudicium hat im Römischen Recht ma
Es bedeutet a) Zuweilen den Richter. Man sagt z
etwas. b) Zuweilen eine Klage, z. E. in dem Ausdruck
gundorum; zuweilen c) den Ort, wo Gericht gehalte
wir darunter eine gesetzliche Untersuchung und
Rechtsstreites, die von dem competenten Richter
man auch Proceß nennt, die rechtmäßige Verhandlu
vor dem Richter, zum Zweck ihrer rechtlichen Un
scheidung. — In dem iudicio ist also zu betrachten 1
das heißt, die Personen, die dazu gehören; 2) das O
welche untersucht und entschieden werden; 3) die Form
von Seiten des Richters als der streitenden Theile.

§. 1228. Personen des Gerichts.

Einige Personen sind im Gerichte wesentlich nöthig,
vorhanden. Wesentlich nöthige sind 1) die Partheyen
und Beklagter; 2) der Richter. Zufällige Persone
Richters der *Actuarius*, die Beysitzer, Gerichtsschrei
und bey den Römern die *manus militaris*, Leute, die z
wurden; von Seiten der Partheyen: die Advocaten, Pro
litis denunciati, Vormünder, Pfleger und *actores*, t
die der tutor oder curator allein, ohne Zuziehung des
jährigen, und zwar vor geschehener Litiscontestation bestel

§. 1229. Was ist der Kläger und Bekl

Kläger heißt, welcher im Gericht eine Klage (§. 1
klagter, gegen den eine Klage angebracht wird. Zuweile
und stellt gegen den Kläger eine Widerklage (reconventi
z. E. ich belange einen aus einem Pachtcontract. Er
nichts schuldig sey, mich vielmehr überzahlt habe, und ford
rück. In diesem Fall heißt er der Widerkläger, und i
Widerbeklagter. Beyde, sowohl der Kläger als Bekla
standi in iudicio, das heißt, das Recht haben, im

Gggggg3

Von dem Kläger insonderheit ist zu bemerken, daß er, der Regel nach, nicht gezwungen wird, zu klagen. Die Ausnahmen dieser Regel kommen in den Pandecten vor. Einige Rechtssachen giebt es, wo jeder von den Partheyen Kläger und Beklagter seyn kann; wer zuerst im Gericht erscheint, und die Sache anhängig macht, ist Kläger, der Gegentheil ist Beklagter. Diese Sachen sind die *actio finium regundorum, familiae herciscundae* oder *communi dividundo*, und sie heißen daher *iudicia duplicia*. Wenn nemlich die Gränzen zwischen meinem und meines Nachbarn Acker in Unordnung gekommen sind; oder wenn ich und ein Anderer bisher eine Erbschaft, eine einzelne Sache gemeinschaftlich besessen haben; so kann er sowohl, als ich, auf die Herstellung der Gränze, auf die Theilung klagen. Wer aber zuerst klagt, ist Kläger (*).

(*) Schmidt von Klagen und Einreden §. 18. 21. 29. Der Richter kann aber den schuldig Befundenen hier immer auch als Beklagten behandeln und verurtheilen, wenn er gleich in der Form des Verfahrens als Kläger vorkommt. Grolman Theor. d. gerichtl. Verfahr. §. 57. W.

§. 1230. Eigenschaften des Richters.

Bey dem Richter wird erfordert: 1) daß er die Jurisdiction habe; 2) daß er competent, und 3) nicht verdächtig sey. Verdächtig ist er, wenn nicht anzunehmen ist, daß er unpartheyisch in dem Proceß verfahren werde. Die Ursachen, welche einen Richter verdächtig machen, sind mancherley: nahe Verwandtschaft, vertraute Freundschaft, Feindschaft mit einer Parthey, Vortheil, oder Schaden, den er von dem Ausgang des Processes hat etc. (dieß letztere macht ihn eigentlich zum unfähigen Richter) (*1). Einen verdächtigen Richter kann man verwerfen (*recusare*) (*2).

(1) *Ziegler* dicast. conclus. 13.
(2) L. 16. C. de iudic. (III. 1.)

§. 1231. Was ist Jurisdiction nach Römischem Recht?

Jurisdiction heißt bey den Römischen Rechtsgelehrten das Recht einer Magistratsperson, eine streitige Civilsache zu untersuchen und zu entscheiden. 1) Die Römer also legten die Jurisdiction allein den Magistratspersonen bey, nicht den *iudicibus pedaneis*, den Beysitzern des Prätors; sie kommt natürlich dem bloßen *arbitro* nicht zu, das heißt, einem Schiedsrichter, der nur von den Partheyen zur Entscheidung eines Streits erwählt worden ist, aber keine öffentliche Autorität hat. 2) Das Recht, die Verbrechen zu bestrafen, das wir heutigestags die peinliche Gerichtsbarkeit nennen, hieß bey den Römern nicht Jurisdiction im eigentlichen Verstande, sondern *quaestio* oder *gladii potestas*. 3) Auch das Recht, die Handlungen der Bürger, z. E. Manumissionen, Emancipationen, Alienation der Güter eines Minderjährigen zu bestätigen, was wir heutzutage iurisdictionem voluntariam nennen, wurde bey den Rö-

mern nicht unter dem Wort iurisdictio begriffen, wenn sie das Wort in seiner eigentlichen Bedeutung nahmen. (S. die 72ste Tabelle) (*1).

(1) Glück Pandecten, 3. Band §. 184.

§. 1232. Grundsätze von der Jurisdiction.

1) Die Jurisdiction kam den Römischen Magistratspersonen iure Magistratus zu; das heißt, gewisse Personen waren dazu bestellt, daß sie die Jurisdiction ausüben sollten, dieß war ihre ursprüngliche und wesentliche Bestimmung. 2) Hingegen das Recht, die Handlungen der Bürger zu bestätigen, hatten einige Magistratspersonen durch besondere Gesetze bekommen. Auch 3) das ius gladii kam nur einigen vermöge besonderer Gesetze zu. 4) Die Rechte, welche eine Magistratsperson iure magistratus hatte, also kurz, die eigentliche Jurisdiction, konnte er einem Vicarius übertragen (mandare poterat). Hingegen Rechte, die ihm aus besonderen Gesetzen zustanden, also die peinliche Gerichtsbarkeit und die iurisdictionem voluntariam mußte er in eigner Person ausüben. (*1).

(1) Eine Ausnahme macht die tutoris datio. L. 1. §. 5. 6. de magistrat. conven. *Noodt* de iurisd. lib. 2. cap. 5. sqq.

§. 1233. Die Jurisdiction ist entweder propria oder mandata.

Nemlich ein Römischer magistratus war befugt, seine Jurisdiction einem Vicarius zu übertragen, und durch diesen exerciren zu lassen. Denn bey den Römern waren militärische Verdienste ein Mittel, zu allen Ehrenstellen, auch zu solchen zu gelangen, mit denen Jurisdiction verbunden war. Ein Römischer magistratus verstand also oft gar nichts von Jurisprudenz; und man muß gestatten, daß ein solcher die Jurisdiction durch einen andern Rechtsverständigen verwalten ließ. Daher war die Jurisdiction entweder propria oder mandata. Wenn der magistratus die Gerichtsbarkeit in eigner Person ausübt, so heißt sie *propria*; wenn er sie einem Andern überträgt, so hat dieser *mandatam* oder *delegatam*.

§. 1234. Entweder ordinaria oder prorogata.

Wenn ein magistratus die Jurisdiction über seine gewöhnlichen Gerichtsunterthanen ausübt, so heißt sie *ordinaria*; wenn er sie hingegen über solche Personen exercirt, die sonst nicht unter ihm stehen, die nur jetzt wegen einer Prorogation der Gerichtsbarkeit sich vor ihm einlassen müssen, so heißt sie *prorogata*. Die Prorogation aber geschieht entweder durch einen Vertrag; wenn ich nemlich mich freywillig der Jurisdiction eines Richters unterwerfe, unter dem ich nicht stehe; oder durch das Gesetz. Nemlich in dem Fall, wenn ich Jemand belange, und er eine Gegenklage (*reconventionem*) gegen mich anstellt (§. 1181.): so muß ich mich auf die Gegenklage vor der Obrigkeit einlassen, vor der ich geklagt habe; ob ich gleich sonst nicht unter ihr stehe. Z. E. wenn

richtsbarkeit haben, oder sie steht einer Person, physischen oder moralischen (§. 61.) z. E. einem Stadtrath, einer Academie u. s. w. zu. Jene heißt *patrimonialis*, diese *realis* (*[2]).

Endlich 3) in Ansehung des **Umfanges**, ist die Gerichtsbarkeit entweder *universalis* oder *particularis*. Wenn nemlich ein Richter in einem gewissen Distrikt in allen nicht besonders ausgenommenen Sachen und über alle nicht ganz besonders ausgenommene Personen die Gerichtsbarkeit hat; so heißt sie universalis. Ist sie hingegen auf gewisse Arten von Sachen oder Personen eingeschränkt, welche von der universali ausgenommen worden sind, so heißt sie particularis. Z. E. Oberappellationsgerichte, Regierungen, Justizcanzleyen, Justizbeamte haben eine allgemeine Gerichtsbarkeit. Eine particulare hingegen haben, z. E. die **Handelsgerichte**, welche blos in Handlungssachen, die Berggerichte, welche nur in Bergwerkssachen, die **Lehnsgerichte**, welche in keinen andern als Lehnssachen zu richten haben.

(1) Glück Pandecten, 3. Band, §. 193.

(2) Glück §. 191. — Die Patrimonialgerichtsbarkeit, welche eben keine Zierde der deutschen Verfassung, sondern eher zu den vorzüglichen Mängeln derselben zu rechnen ist, war den Römern durchaus unbekannt. Wenn irgend ein Recht an sich schon ganz persönlich ist, so sollte dies doch wohl billig das Recht über Menschen Leben, Ehre und Gut zu richten, seyn. W.

§. 1257. Was ist die Competenz des Richters?

Wer eine Streitsache mit öffentlicher Autorität entscheiden will, muß Iurisdiction überhaupt haben; er muß aber auch befugt seyn, **in dieser Art von Sachen**, und **über diesen Beklagten** Recht zu sprechen; er muß, wie die Juristen sagen, *iudex competens* seyn. Also die competentia fori erfordert zwey Stücke: 1) daß der Richter **in dieser Art von Sachen** Recht sprechen könne; oder daß er, wie man sagt, die *speciem iurisdictionis* habe, zu der die vorliegende Sache gehört. Z. E. ein Beamter, welcher keine Consistorialjurisdiction hat, ist in Consistorialfällen nicht competent. 2) Daß der Beklagte in diesem Processe ihm unterworfen sey. Ob der **Kläger** unter ihm stehe oder nicht, ist einerley. Denn die Regel ist: actor sequitur forum rei, der Kläger muß vor dem **Gericht** klagen, dem der Beklagte unterworfen ist (*). Ob der Beklagte **in allen Sachen** oder nur **in der gegenwärtigen** unter diesem Richter stehe, ist ebenfalls gleichgültig. Wenn z. E. ein Unterthan aus dem Lande A. in dem Lande B. ein Verbrechen begeht, so sind die Gerichte des Landes B. competent, aber nur in Ansehung des begangenen Verbrechens; also nur in dieser einzelnen Sache.

(*) Gewisse Ausnahmen hievon trägt *Hellfeld* in diss. de actore forum rei haud semper sequente in opuscul. iur. civ. p. 85. vor.

§. 1258.

§. 1238. Eintheilungen des fori com

Die competentia fori (S. die 74ste Tabelle) gr
das gemeine Recht, oder auf ein *privilegium*. Im
rum *commune*, im letzten *privilegiatum*. Z. E. daß
stehe, in deren Gerichtsbezirk ich liegende Güter habe,
rei sitae, ist ein allgemeines Gesetz. Wenn ich also v
gen belangt werde, so hängt der Proceß an einem foro
die academischen Personen, Professoren, Studenten,
eines besondern Privilegiums unter der academischen
Forum ist also privilegiatum.

Das forum commune ist entweder der Regel
competent, oder nur in **einigen**. Im ersten Fall heißt
ten *speciale*. Das Römische Recht erkennt nur Ein fo
rale; dieß heißt forum domicilii (*¹). Wenn ich ne
tionsbezirk einer Obrigkeit **wohne**: so muß ich mich der
kein forum privilegiatum habe, in allen Sachen vor i

Specialia fora sind: forum *contractus*, *delicti*
sitae, *continentiae causarum*, *iurisdictionis prorog*
strationis, *arresti*. Wenn ich an einem Ort contrahir
einem gewissen Ort zu erfüllen versprochen habe, und üb
entsteht: so ist die Obrigkeit dieses Ortes in dem Proceß
rum heißt forum contractus. Wer an einem Orte
kann von der Obrigkeit dieses Ortes bestraft werden (*for*
Obrigkeit, in deren Gerichtsbezirke Jemand, der eines
ist, angetroffen wird, kann ihm den Proceß darüber n
hensionis). Wer liegende Güter an einem Ort hat, n
keit des Ortes einlassen, wenn er wegen dieser Güter bel
sitae). Wenn zwey Sachen connex sind, und eine Obri
competent ist, so kann sie auch die andere vor sich ziehen
causarum). Die Obrigkeit, welche einen Verwalter
einen Vormund, bestellt, ist competent, wenn er wege
belangt wird (*forum gestae administrationis*). Wer
eines Richters entweder freywillig über mich anerkenne,
tion anerkennen muß (§. 1234.): so ist *forum proroga*
handen. Endlich wenn eine Obrigkeit aus rechtlichen U
kennet, so wird sie dadurch befugt, über die Forderung,
erkannt worden ist, zu urtheilen. Dieß also ist *forum a*

Die fora privilegiata sind von zweyerley Art, den
entweder der **Sache**, oder der **Person** gegeben. Zu

Hhhhh

ratione causae gehört *forum caussarum ecclesiasticarum*, *fiscalium*, *fe*
dalium, u. s. w.; zu den privilegiatis intuitu personae das *forum perso*
rum miserabilium, *militum*, *academicorum*, *clericorum*, *ministroru*
principis, u. s. w.

Nemlich geistliche Sachen haben ihr eignes forum, wo sie entschieden we
den, das Consistorium. Die Fiscalsachen sollen nach dem Römischen Re
vor den höchsten Gerichten verhandelt werden. In Deutschland aber klagt d
Fiscal an dem Gericht, bey dem er bestellt ist; der Reichsfiscal an den Reich
gerichten; der Regierungsfiscal an der Regierung, der Amtsfiscal bey dem Am
Lehenssachen haben in den meisten Ländern ein eignes forum, das der Lehenho
heißt. Personae miserabiles heißen: Pupillen, Wittwen; Leute, die a
langwierigen Krankheiten liegen, oder einen schweren Leibesschaden
haben, *debiles*. Diese haben vermöge der L. un. C. quando Imp. inter p
pillos (III. 14.) das Privilegium, daß sie nicht genöthigt sind, alle Instanze
zu durchlaufen, z. E. zuerst bey dem Amt, alsdann bey der Regierung, un
endlich bey dem Oberappellationsgericht ihren Proceß zu führen, sondern sie kön
nen, sie mögen nun Klägers oder Beklagtens Stelle vertreten, sogleich an das
höchste Gericht im Lande provociren (*). Soldaten stehen unter den Regi
ments- und Kriegsgerichten; academische Personen unter dem Rector und
Senate; Geistliche unter den Consistoriis; herrschaftliche Bediente nicht
unter den Aemtern, wie Bürger und Bauern, sondern unter den Justizcan
leyen oder Regierungen.

(1) Viele Juristen behaupten zwar, man habe nach Römischem Recht einen jede
an seinem Geburtsort belangen können, und zwar selbst in dem Fall, wen
er seine Wohnung anderwärts aufgeschlagen hätte. Dieß nennen sie *foru*
originis speciale. Ferner habe man jeden Römischen Unterthan auch in Rom
als einer allgemeinen Vaterstadt, belangen können. In Rom sey also da
forum originis generale gewesen. Allein beydes ist unerweislich. Man sie
von dem angeblichen foro originis speciali *Goeddaeum* ad L. 190. de V. S
Noodt ad Pand. tit. de iudic. *Huber* praelect. ibid. n. 47. Und vom genera
Cocceii in iur. contr. eod. tit. qu. 9. — Vergl. Glücks Pandecten Th. 6
§. 511.

(*) Genau betrachtet läßt sich aber dieses Privilegium, wie es gewöhnlich ange
nommen wird, aus der angeführten Verordnung des Kaisers Constanti
nicht erweisen. Die ganze Constitution ist ohnehin auf unsere Verfassung ga
nicht anwendlich. Weber in den Beyträgen zu der Lehre von Klagen u. Ein
reden. II. u. III. 12.

§. 1259. Eintheilung der Gerichte in Rücksicht auf die Sachen.

Soviel von den Personen des Gerichts. Man kann aber auch ferner au
die Sache Rücksicht nehmen, die in dem Gericht verhandelt wird. Wenn nu
in geistliche Sachen abgehandelt werden, so heißt es iudicium *ecclesiasticum*

wenn hingegen weltliche Sachen dahin gehören, *iudi*
liche Sachen sind nemlich: Sponsalien, Ehe- und
Streitigkeiten über das Patronatrecht (das Recht einer
meister zu bestellen), Sachen, welche Accidenzien und
Personen betreffen, Begräbnißsachen, Inquisition weg
Die weltlichen Gerichte sind entweder Civilgerichte o
In den letztern ist von Criminalsachen, d. i. von Verb
öffentliche Strafe derselben (§. 1014.), in den erstern v
die Rede.

Man theilt aber auch in Rücksicht auf die verhandel
in *realia* und *personalia; universalia, generalia* und
und *possessoria* ein. Iudicium reale ist vorhanden,
ein dingliches Recht (ius in re), personale, wenn e
Recht (ius ad rem) geführt wird. Wenn über das
Menschen, z. E. über eine Erbschaft gestritten wird,
universale; wird über mehrere Gegenstände, die aber d
mögen ausmachen, z. E. über die Rechnung eines Ver
es iudicium generale. Und endlich, wenn der Str
betrifft, iudicium singulare. Ist das Recht selbst streiti
petitorium; hingegen possessorium, wenn nur der
gen ist (§. 1089.).

(1) Glück Pandecten, 3 Band, §. 196.

§. 1240. Von den wesentlichen Stücken de

Sieht man endlich auf die Form des iudicii, so find
jeder gerichtlichen Untersuchung sind gewisse Handlungen
Diese heissen *substantialia processus*, und sind *actio*
probatio, sententia. In jeder Civilsache muß geklagt
kein Kläger ist, da ist kein Richter. Der Beklagte m
(citatio), und mit seiner Verantwortung gehört werde
Verantwortung besteht a) in der Einlassung auf die Klag
sagt, was er von der Klage zugesteht oder läugnet; diese
litis contestationem, die Kriegsbefestigung; b) in d
er der Klage entgegensetzt (§. 1195). u. f.). Nun muß
(probatio), und endlich muß der Richter entscheiden (se
substantialia sind dergestalt nothwendig, daß ohne sie k
Statt findet; wiewohl einige Rechtslehrer die Citation,
die Partheyen auch ungefordert im Gericht zugegen seyn k
Regel nach erforderlichen (naturalia iudicii), aber nich
gen Stücken des Processes rechnen. Ausser den wesentl

aber auch noch gewisse Feyerlichkeiten im Proceß vor, die nicht wesentlich nothwendig sind. Man nennt sie *formalia processus*; z. E. daß der Kläger eine schriftliche Klage übergiebt, daß man den Beklagten schriftlich citirt, daß der Beklagte Punct vor Punct und schriftlich litem contestirt, daß Beweisartikel entworfen, ein Zeugen-rotulus gemacht, über die Zeugenaussagen disputirt wird, u. s. w. sind formalia. Der Regel nach sind auch diese Formalitäten im Proceß zu beobachten; es giebt aber doch Sachen, wo sie unterbleiben dürfen, und wo man blos die substantialia observirt. Daher theilt sich der Proceß in den ordentlichen und summarischen ein. Ordentlicher Proceß ist es, wenn man die Förmlichkeiten beobachtet; summarischer, wenn man bey den wesentlichen Stücken stehen bleibt, und die Förmlichkeiten übergehet.

(1) Ich halte es für nützlich, daß ich hier die Frage beantworte: ob der Richter etwas, das die Partheyen anzuführen unterlassen, von Amtswegen suppliren kann und soll? Man bemerke 1) facta darf er nicht suppliren, d. i. er darf auf ein Factum, das in den Acten nicht angeführt und erwiesen ist, bey seiner Entscheidung keine Rücksicht nehmen. 2) Was gemeinen Rechtens ist, muß er suppliren. Wenn er z. E. aus den Acten sieht, daß der Beklagte die Einrede der Verjährung, der Zahlung, der Compensation hätte einwenden können, so muß er darauf sprechen. Hingegen 3) auf besondere Rechtswohlthaten darf er Rücksicht nehmen, er muß aber nicht, d. i. er begeht keine Ungerechtigkeit, wenn er es unterläßt. Wenn z. B. der Bürge die Einrede der Ordnung nicht anführt, so ist der Richter nicht verbunden, darauf zu sprechen. Exceptio restitutionis in integrum, Scti Macedoniani und Velleiani werden auch hierher gerechnet. *Zaunschliffer* tr. de officio iudicis suppletorio in Opp. Tom. 1. n. 1. *Boehmer* diss. de iudice procedente ex officio cap. 4. Ex. ad pand. Tom. 2. n. 35. Das gemeine Recht ist also hier im Gegensatz des iuris singularis (§. 48.), nicht der Landesgesetze oder Particularrechte zu verstehen, die der Richter eben so gut ergänzen muß. 4) Der Richter darf dem Kläger mehr zuerkennen, als er gebeten hat, wenn er aus den Acten sieht, daß der Kläger aus einem Irrthum zu wenig gebeten hat. §. 34. I. de act. Strube rechtl. Bed. 1. Band, 145. S. 4. Band 288. S. 5) Wenn offenbar Nichtigkeiten in dem Proceß begangen worden sind, so kann und muß sie der Richter verbessern. *Gerland* tr. de officio iudicis, etiam citra implorationem statuendi ea quae legibus et aequitati conveniunt. (Mitav. 1783.) cap 2. — Die Hauptstelle über die ganze Frage ist L. un. C. Ut quae desunt advocat. part. iudex suppleat (II. 11.); sie erschöpft aber die Sache nicht ganz: daher es auch hier an verschiedenen ganz von einander abweichenden Meynungen der Rechtsgelehrten nicht fehlt. Man sehe Wehrn von gerichtl Einwend. §. 66. rc. u. das. angef. DD. Er selbst unterscheidet gleichfalls die richterliche Ergänzung, in sofern sie nur Befugniß, und in sofern sie Schuldigkeit des Richters ist, vermöge L. 40. D. de iudiciis. Allein diese Stelle dürfte wohl nicht beweisen, daß es dem Richter auch freystehe, bey Entscheidung der Rechtssachen puncta iuris nach freyer Willkühr zu ergänzen und nicht zu ergänzen. Er soll den Rechten gemäß entscheiden. Daraus folgt unstreitig, daß er hier auf keine gesetzlichen Bestimmungen Rücksicht nehmen

darf, ohne es zugleich zu müssen. L. 40. cit. läßt sich eher bey der Form des Verfahrens anwenden. Gesetzt die Partheyen entsagen den Gerichtsferien; da diese aber auch dem Richter zu Gute kommen, so ist er nicht durchaus verbunden, der Privatvereinbarung zu folgen. W.

§. 1241. Von der Appellation.

Wenn mich ein Richter graviret, d.i. in Sachen, die sein Amt betreffen, in der Rechtspflege, widerrechtlich gegen mich handelt, besonders wenn er ein den Gesetzen und dem Factum nicht gemäßes Urtheil gegen mich spricht: so bin ich befugt, an den höheren Richter zu gehen, bey ihm die Sache vorzustellen und zu bitten, daß er die Sentenz des Unterrichters (sententiam a qua) abändere. Diese Handlung heißt *appellatio*, die Berufung. Wenn ich gegen eine Sentenz die Berufung binnen zehen Tagen nicht einlege: so wird sie rechtskräftig (transit in rem iudicatam), und kann nun, der Regel nach, wenn sie gleich der Gerechtigkeit nicht gemäß ist, nicht mehr umgestoßen werden. — Wohl aber findet querela nullitatis dagegen Statt, wenn dem Ausspruche des Richters wesentliche Bedingungen eines rechtlichen Urtheils fehlen; z. B. wenn er Jemanden, dem kein Ungehorsam zur Last fällt, ungehört verurtheilt, oder contra ius in thesi gesprochen, d. i. einen Rechtssatz, welcher mit bestimmten gesetzlichen Vorschriften geradezu im Widerspruche steht, bey der Entscheidung zum Grunde gelegt hätte. L. 1. §. 2. D. Quae sentent. sine appellat. rescind. Diese Nichtigkeitsklage dauert nach den allgemeinen Grundsätzen von der extinctiven Verjährung 30 Jahre. Von den Einschränkungen und Streitigkeiten, die der Reichsabschied v. 1654. §. 121. veranlaßt hat (**), so wie auch von andern Rechtsmitteln, welche außer der Appellation gegen beschwerende Erkenntnisse Statt finden, muß in dem ausführlichen Vortrage der Proceßtheorie gehandelt werden. — W.

Nützlich wird es seyn, wenn man hier die dritte Tabelle nachlesen will, welche die Uebersicht über sämmtliche Titel vom dritten Rechtsobject giebt.

(*) Res iudicata ist ein durch die Entscheidung des Richters völlig geendigter Rechtsstreit. So lange also der vorkommende Streitpunkt noch nicht entschieden, oder die Entscheidung an sich nichtig, oder nach dem Urtheile die Fortdauer des Streits mittelst einzuwendender Rechtsmittel noch rechtlich möglich ist, so lange ist auch keine res iudicata vorhanden. W.

(**) Man s. vorzüglich *Canngiesser* Decis. Hasso-Cassell. I. 118. auch Gönner's Handbuch der deutsch. gem. Processſ. III. 42. W.

TIT. XVIII.

DE PUBLICIS IUDICIIS.

§. 1242. Unterschied der öffentlichen und Privatverbrechen.

Wir wissen, daß die delicta bey den Römern in publica und privata eingetheilt werden (1014.). Diese Distinction war sehr practisch. Denn

die Privatverbrechen klagte der an, welcher dadurch Schaden litt, hingegen bey den öffentlichen Verbrechen war der ganze Staat interessiret; daher war der Regel nach jeder Bürger befugt, ein solches Verbrechen anzuklagen. Nur mußte er in crimen subscribere, das heißt, sich verbindlich machen, auf den Fall, daß er den Angeklagten nicht überführen würde, die Strafe zu leiden, die auf das angeklagte Verbrechen gesetzt war. Wurde der Angeklagte in eine Geldstrafe condemnirt, so bekam sie nicht der Ankläger, wie bey den Privatverbrechen, sondern der fiscus.

§. 1243. Eintheilung der Strafen.

Die Strafen sind entweder *poenae capitales* oder *non capitales*. Capitalis poena heißt eine Strafe, die einem das Leben, oder die Freyheit, oder das Bürgerrecht raubt; non capitalis, welche keins dieser Dinge nimmt. Eine willkührliche Strafe (poena arbitraria) heißt die, welche in den Gesetzen nicht genau bestimmt, sondern dem gerechten Ermessen des Richters überlassen worden ist.

§. 1244. Gattungen der Strafen.

Die gewöhnlichen Capitalstrafen waren bey den Römern *damnatio ad* furcam, oder die Kreuzigung, das Verbrennen, das Enthaupten, das Herunterstürzen vom Tarpejischen Felsen, das Ertränken (culleus), die Verurtheilung zum Bergbau, das exilium und die Deportation auf eine Insel (§. 160.) Nicht Capitalstrafen: Stockschläge (fustium admonitio), Geisselung (flagellatio), Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten, Relegation (§. 154.), Ehrlosigkeit, Cassation (dignitatis privatio), Geldstrafe.

§. 1245. Die Verbrechen sind entweder delicta ordinaria oder extraordinaria. Diese Distinction ist oben (§. 1015.) hinlänglich erklärt worden. Ein Verzeichniß der delictorum extraordinariorum giebt Heineccius (1); die delicta ordinaria werden in diesem Titel abgehandelt.

(1) *Heinecc.* elem. iur. civ. sec. ord. Pand. Lib. 47. Tit. II. sqq. die vorzüglichsten sind: violatio sepulchri, concussio, abigeatus, praevaricatio, receptatio facinorosorum, expilatio hereditatis.

§. 1246. Gesetze über die öffentlichen Verbrechen.

Ueber die delicta publica ordinaria waren besondere Gesetze vorhanden. Sie sind *lex Iulia de vi et maiestate*, ein Gesetz von Julius Cäsar. Aber auch Augustus hat eine *legem Iuliam maiestatis* gegeben. *Lex Iulia de adulteriis*, ein Gesetz Augusts vom Jahr 737. *Lex Cornelia de Sicariis* von Cornelius Sylla, in seiner Dictatur gegeben. *Lex Pompeia de parricidiis*, von Pompejus Magnus im Jahr 699. veranlaßt. *Lex Cornelia de falsis*, wieder von Cornelius Sylla. *Leges Iuliae de vi publica et privata. Lex Iulia de peculatu et residuis*; alle von August. *Lex Fabia de plagiariis*, bey

sen Alter und Autor unbekannt sind; endlich Leges Iuli *dis et de annona.*

§. 1247. 1248. Von dem Verbrechen der belei

Das Verbrechen der beleidigten Majestät begeht das Oberhaupt des Staats unmittelbar beleidigt. Die weder a) in einer feindseligen Unternehmung gegen steht ihm nach dem Leben, nach dem Reich; oder b) in ersten Fall heißt es *crimen perduellionis*, im zweyten *cr in specie.*

§. 1249 1250. 1251. Strafen dieser Ve

Die Strafe der Perduellion ist 1) die Todesstra der peinlichen Gerichtsordnung Carls V. der Verbrech Stücke öffentlich aufgehängt werden. 2) *Memoriae da* Name des Delinquenten wird allenthalben, wo er geschr seine Portraite zernichtet und dgl. 3) Die Confiscatio 4) Selbst seine Kinder sollen (gegen alle Vernunft u werden. Die Söhne sollen von allen Erbschaften und seyn, die Töchter sollen nur den Pflichttheil von ihrer M Auf dem eigentlichen crimen laesae maiestatis steht Leb oder Relegation, nachdem der Grad der Injurien vers Verbrechens wegen werden die Kinder als solche nicht ge

(1) Von Zangen Rechtserörterungen, 2 Band, 172. S

§ 1252. Von der lege Iulia de adul

Die lex Iulia de adulteriis verbietet nicht nur auch unnatürliche Vermischungen, Blutschande, stupr Die Fornication, oder der Beyschlaf mit einer Hure mern nicht bestraft. Die Huren wurden öffentlich ged ihre Profession durch eine monatliche Abgabe.

1253. Vom Ehebruch.

Ehebruch heißt nach Römischem Recht der Beys Ehefrau oder Braut. Also nur in dem Fall, wenn ein ger Mensch mit eines andern Ehefrau concumbirt, nic eine ledige Dirne beschläft, ist nach Römischen Begriffen den. Hingegen nach dem Canonischen Recht heißt jede V Treue Ehebruch. Also auch ein Ehemann begeht dur ledigen Weibsperson dieses Verbrechen.

§. 1254. Oeffentliche Strafen desselb

Die Strafe, welche lex Iulia auf den Ehebruch Schwerdt, wie Justinian glaubt; sondern Relegation au

ziehung (publicatio) des halben Vermögens von dem Ehebrecher, und des dritten Theils von der Ehebrecherin. Auch verlohr letztere ihr Eingebrachtes zur Hälfte. Constantin aber, vielleicht schon ein Kayser vor ihm, setzte die Todesstrafe auf den Ehebruch. Justinian schaffte diese bey den Ehebrecherinnen ab, bey den Ehebrechern ließ er sie gelten. Die Ehebrecherin soll blos mit Streichen gezüchtigt, und alsdann in ein Kloster gesteckt werden, aus dem sie der Ehemann, wenn er Lust hat, binnen zwey Jahren wieder herausholen kann. Auch verliert sie nach Nov. 117. cap. 8. ihren eingebrachten Brautschatz. In einer neuern Verordnung sprach Justinian ihr Vermögen den Verhältnissen nach ganz oder zum Theil dem Kloster zu Nov. 134. cap. 10., die aber in Deutschland nicht beobachtet wird. Kayser Leo verordnete, sowohl dem Ehebrecher als der Ehebrecherin sollte die Nase abgeschnitten werden. Carl V. hat in der P. G. O. keine Strafe bestimmt, sondern sich im Art. 120. im Allgemeinen auf das Römische Recht bezogen; und die Landesgesetze gehen in dieser Materie sehr von einander ab. In Chursachsen z. E. ist das Schwerdt auf den Ehebruch gesetzt, nur die ledige Dirne, welche sich von einem Ehemanne beschlafen läßt, ist von dieser Strafe ausgenommen; sie soll ausgepeitscht werden. Indessen ist wohl die Todesstrafe selten wirklich exequirt worden. In andern Orten wird der Ehebruch nur mit einer Geldstrafe belegt. Im Hessendarmstätischen ist die Sache durch die Verordnung vom 23. Aug. 1762. also entschieden: wegen des doppelten Ehebruchs sollen beyde Theile auf ein Jahr; wegen des einfachen Ehebruchs eines Unverheyratheten mit einer Ehefrau, beyde auf ein halbes Jahr; endlich wegen des Ehebruchs eines Ehemannes mit einer ledigen Person, beyde auf drey Monate zur öffentlichen Arbeit verurtheilt werden. Die erste Strafe aber kann mit 300, die zweyte mit 150, und die dritte mit 75 fl. abgekauft werden.

§. 1255. Von der Privatrache.

Der Ehemann und Vater einer Ehebrecherin sind aber auch selbst befugt eine Rache an ihr auszuüben. Nemlich der Ehemann ist befugt, den Ehebrecher umzubringen, wenn er ihn in dem Act des Delictes antrifft, und zwar entweder in seinem eignen (des Ehemanns Haus) oder anderwärts. Nur wird im letzten Fall erfordert, daß der Ehebrecher dreymal, jedesmal vor drey Zeugen gewarnet worden sey. Der Vater darf nicht nur den Ehebrecher, sondern auch seine ehebrecherische Tochter tödten, er mag sie in seinem oder seines Schwiegersohns Haus finden. Die Ursache, warum der Ehemann seine Frau nicht tödten darf, und der Vater doch die Tochter, liegt entweder in der väterlichen Gewalt, oder die Gesetze haben ihm die Erlaubniß gegeben, weil sie geglaubt haben, die väterliche Liebe würde ihn hindern, sich seines Rechtes zu bedienen.

§. 1256.

§. 1256. Von unnatürlichen Fleischesv

Der Fleischesverbrechen, welche nicht durch or einer Weibsperson begangen werden, sind vielerley, schieden, wie im peinlichen Recht gelehrt wird. Einig andere mit dem Schwerdt, andere willkührlich bestraft.

§. 1257. Von der Blutschand

Der Incest oder die Blutschande ist ein Beysch oder verschwägerten Personen, welchen die Gesetze di nennt ihn incestum *iuris divini*, wenn ihn Personen saische Gesetz die Ehe untersagt; incestum *iuris hum* Römischen, Canonischen oder Deutschen Gesetzen verbo des Incests nach Römischen Gesetzen gewesen sey, ist zu wohl bezieht sich Carl V. in der P. G. O. Art. 117. auf lichen Rechte. Die ältern Juristen haben das Säch Sachsen applicirt, und auf den Incest der Verwandten Schwerdt, in der Seitenlinie und auf den Incest versch gation, Relegation oder Geldstrafe dictirt. In den ne angefangen die Strafen zu mildern (²).

(1) *Hofacker* diss. sistens historiam et rationem iur Tubing. 1787.

(2) Quistorp peinl. Recht §. 506 a.

§. 1258. Vom stupro.

Stuprum heißt der Beyschlaf einer ledigen Mann Dirne, die keine Hure ist. Es ist entweder *voluntar* person einwilligt; oder *violentum*, Nothzucht, wenn *voluntarium nec violentum*, wenn sie im Schlaf oder Auf der Nothzucht steht das Schwerdt, auf den andern eine willkührliche Gefängniß- oder Geldstrafe. Die Vermögens des stupratoris, die nach dem Römische Jemand eine Person von Stand schwächte, fällt in der

§. 1259. Von den Rechten der geschwächt

Eine Person, welche unter dem Versprechen de den, kann schlechterdings auf die Ehe klagen, wenn wegen Ungültigkeit der ehelichen Zusage entgegenstehen. Eheversprechen geschehen ist, so ist der stuprator nur a entweder die Geschwächte zu heyrathen, oder ihr ein E *tione et satisfactione*, wie man es nennt, zu geben (*).

(*) Vergl. auch was die Anerkennung und Ernährung betrifft, §. 106. c. Man s. überhaupt hiebey Sch Einreden §. 394. rc. der neuest. Ausg. W.

§. 1260. Von dem lenocinio.

Lenocinium, Kuppeley, Hurenwirthschaft, ist eine Handlung, durch Fleischesverbrechen Anderer befördert werden; es heißt lenocinium q*lificatum*, wenn Eltern ihren Kindern, oder ein Ehegatte dem andern zu F schesverbrechen Veranlassung, Antrieb, Vorschub giebt; *simplex*, wenn andere Personen begehen. Auf das erstere ist die Todesstrafe, auf das l eine willkührliche gesetzt; aber jene wird heutigestags schwerlich dictirt werd

§. 1261. 1262. Vom Todtschlag.

Todtschlag heißt ein Verbrechen, wodurch ein Mensch seines Leben raubt wird. Wenn es Jemand an sich selbst begeht, so heißt es Selbstm (propricidium); ausserdem, Todtschlag in eigentlichem Verstand. Ein Umstände wegen vorzüglich strafbarer Todtschlag heißt homicidium qualif *tum*, ein anderer *simplex*. Das qualificatum ist dreyerley: entweder ma a) die Verwandtschaft den Todtschlag in einem höhern Grade strafbar; dah gehört parricidium und infanticidium, oder b) die Ursache; von diesen A sind latrocinium und assassinium; oder c) die Art zu tödten; dieß geschie bey dem Vergiften (veneficio). Parricidium überhaupt heißt der Todtschlag eines nahen Verwandten, Schwagers oder Ehegatten. Im eigentlichen Ver stande aber ist parricidium der Todtschlag, der an einem Ascendenten oder De scendenten begangen wird. Wenn die Mutter ihr neugebohrnes Kind umbring so heißt es insonderheit *infanticidium*. *Latrocinium* ist ein Mord, der in A sicht zu stehlen oder zu rauben geschieht; *assassinium* ein Todtschlag, welche ein dazu Gemietheter verübt. Wenn einem Menschen Gift gegeben wird, wo durch er um das Leben oder die Gesundheit kommt, so heißt es *veneficium*.

Die Strafe des vorsetzlichen Todtschlags ist nach der lege Cornelia de si cariis die Deportation, nach neuern Gesetzen das Schwerdt. Die P. G. O. Art. 137. setzt auf den Todtschlag, der in der Hitze des Zorns begangen wi das Schwerdt, auf einen mit Vorbedacht und muthwillig verübten das Ra Die Strafe des parricidii in eigentlicher Bedeutung ist nach dem Römisch Recht das Ertränken. Der Delinquent soll mit einem Hund, Affen, Hahn einer Schlange in einen ledernen Sack gesteckt, und so in das Meer oder i einen Fluß geworfen werden. Wo kein Wasser in der Nähe ist, soll man ih verbrennen, oder von wilden Thieren zerreissen lassen. Heutigestags wird d ser Todtschlag, nachdem er entweder in der Hitze oder mit Vorbedacht geschehe ist, mit dem Schwerdt oder Rade bestraft, doch so, daß man in beyden Fäll die Strafe erhöhet, indem man den Delinquenten entweder zur Richtstätte schleift oder mit glühenden Zangen kneipt. Der Kindermord soll nach der Verordnung Karls V. Art. 131. mit dem Ertränken bestraft werden. Man dictirt ab anstatt dessen gewöhnlich das Schwerdt. Was das assassinium betrifft, s

wird der, welcher zum Mord miethet, mit dem Schwe
er mit dem Rade bestraft (wiewohl die Gesetze diesen
trafung nicht bestimmen, und in der That jener nicht
ieser). Auf das Vergiften ist in der P. G. O. Art. 1
es gesetzt. In der Praxis wird aber diese Strafe nu
er Vergiftete stirbt. Leidet er blos einen unheilbaren
undheit, so wird die Strafe des Schwerdts zuerkannt.

§. 1266. Von dem crimine fal

Falsum oder stellionatus ist eine jede vorsetzliche
heit zum Schaden eines Andern, in so fern dadurch ei
wird; dahin gehört z. E. die Verfertigung eines falschen
ndern falschen Documents; die Annehmung eines fal
egung eines falschen Zeugnisses, die Unterschiebung eine
falschen Maaßes oder Gewichts, das falsche Münzen

§. 1267. Strafe desselben.

Die Strafe dieses Verbrechens ist willkührlich,
Relegation, Fustigation, Todesstrafe. Was insonder
münzer betrifft, so sollen sie nach Römischem Recht leb
Carl V. Art. 111. setzt auf die verschiedenen Münzverbr
von Strafen. Die Praxis aber geht von seiner Verordn
ab (*1). b) Wer ein Kind unterschiebt, soll mit ein
werden (*2); ob aber darunter Lebensstrafe, oder Depo
ist zweifelhaft. In Deutschland wird Fustigation oder
c) Wenn Jemand ein falsches Zeugniß ablegt, so wird
der Umstände härter oder gelinder mit Geld oder Gefän
Tode bestraft, in dem Fall nemlich, wenn das Zeug
ein Unschuldiger um das Leben gekommen ist. d) Ein
angestellter Bedienter, der einem Unterthan eine falsche
soll nach Römischem Recht ebenfalls am Leben gestraft
imm. nom. conced. (X. 26.).

(1) *Koch* institut. iur. crim. §. 545. 546.
(2) L. 1. C. ad L. Cornel. de fals. (IX. 22.)
(3) *Carpzov*. pract. rer. crim. Qu. 93. n. 27. sqq.

§. 1268. Was ist vis publica und pri

Vis publica heißt Gewaltthätigkeit, die einem er
oder b) von einer öffentlichen Person, die ihr Amt n
einer öffentlichen Person, indem sie in ihren Amtsgesch
d) Jemanden an einem öffentlichen oder privilegirten O
privata heißt jede andere Art von Gewaltthätigkeit.

§. 1269. Strafe derselben.

Das Römische Recht setzt auf die vim publicam die Deportation. Wer einem mit Gewalt das Haus stürmt, oder eine Weibsperson entführt, wird am Leben gestraft. Auf die vim privatam ist die Confiscation des dritten Theils des Vermögens und die Strafe der Ehrlosigkeit gesetzt. Heutigestages ist die Strafe des Verbrechens nach den Umständen verschieden, Fustigation, Gefängniß, auch wohl, wenn die Gewaltthätigkeit von einem sehr hohen Grad ist, Todesstrafe.

§. 1270. 1271. Vom peculatu und sacrilegio.

Peculatus heißt die Entwendung öffentlicher oder geistlicher Güter, die von einem geschieht, der sie nicht zu administriren hat. Denn wenn der öffentliche Gelderheber selbst etwas davon unterschlägt, so heißt es crimen de residuis (§. 1273.). Wer eine heilige Sache, z. E. einen Kelch, Taufstein, Altartuch, 2c. entwendet (*1), begeht einen Kirchenraub; wer Sachen des Staats stiehlt, *peculatum in specie*. Die Strafe des eigentlichen peculatus ist nach dem Römischen Recht Deportation, auch zuweilen nach L. 6. §. 2. und L. 13. D. ad leg. Iul. peculat. der vierfache Ersatz. Das sacrilegium wurde nach bewandten Umständen verschieden, zuweilen auch am Leben gestraft. Heutigestags straft man den Peculat wie einen gemeinen Diebstahl, das sacrilegium etwas härter.

(1) Nach dem Canonischen Recht ist es auch sacrilegium, wenn Jemand eine profane Sache an einem heiligen Ort stiehlt, z. E. Sachen, die man in eine Kirche geflüchtet hat.

§. 1272. Vom Plagio.

Plagium, **Menschendiebstahl**, begeht der, welcher einen freyen Menschen, wissentlich und gegen dessen Willen, als Sklaven kauft, verkauft, verschenkt u. d. gl. oder gefangen hält; ferner wer einen fremden Sklaven verführt, daß er seinem Herrn entlaufe, wer einen entlaufenen Sklaven aufnimmt und versteckt 2c. Hievon unterscheidet sich das furtum servi dadurch, daß letzteres in gewinnsüchtiger Absicht geschieht (§. 1019.). Die Strafe war verschieden, zuweilen Lebensstrafe, zuweilen eine andere. Bey uns kommt dieses Verbrechen selten vor, außer bey fremden Werbern, wenn sie Leute gegen ihren Willen als Recruten fortschleppen, und wird mit Fustigation, Relegation, Gefängniß oder Geldstrafe belegt.

§. 1273. Vom crimine repetundarum, ambitus, annonae und de residuis.

Das *crimen repetundarum* begehen sowohl die herrschaftlichen Bedienten, welche sich durch Geschenke bewegen lassen, gegen ihre Pflichten zu handeln, als auch die, welche solche Geschenke machen. Die Strafe ist willkührlich, Cassation, Relegation, Geldstrafe. *Ambitus* ist der Gebrauch unerlaubter Mittel, zu einem öffentlichen Amte zu gelangen. Die Gesetze setzen darauf ebenfalls eine

willkührliche Strafe, aber meistens bleibt dieses Ve
Ist besonders von geistlichen Aemtern die Rede, so wir
genannt. *Crimen annonae* begeht einer, der vorsetz
Getreides verursacht. Zur Strafe soll ihm sein ganzes
den; nach der Praxis aber wird nur das aufgeschüttete
und eine willkührliche Strafe dictirt. Das *crimen de*
öffentlichen Gelderheber begangen, der die eingenomme
in seinen eigenen Nutzen verwendet, und also, wie ma
Receß behält. Die Strafe ist nach dem Römischen
welche soviel als der dritte Theil des Rückstandes betr
auch Lebensstrafe. L. 4. §. 5. D. ad L. Iul. und L. u
IX. 28. Die P. G. O. Carls V. erklärt sich nicht g
Verbrechen; die allgemeine Verordnung Art. 170. daß
trauter Gelder einem Diebstahle gleich bestraft werde
ganz anwendbar; daher die Strafe in der Anwendung n
Ermessen des Richters abhängt. In vielen Provincia
Lebensstrafen dictirt, sie werden aber selten exequirt.

§. 1274. Heutigestags ist der Anklagepr

Bey den Römern mußten die Verbrechen angeklag
inquirirte gewöhnlich nicht Amts halben (ex officio) d
Heutigestags sind zwar die freywilligen Anklagen nicht
aber selten, weil sie mit Verdruß und Kosten verknüpft s
sen wegfallen. Dagegen aber kommen in unsern Gerid
welche von Personen, die öffentlich dazu bestellt sind, den
vermöge ihres Amts erhoben werden. Wem sonst dara
Verbrechen gestraft werde, der denunciirt es nur der
die Verbrechen von Amts wegen (ex officio) untersuche
einigen Orten wird der ganze Proceß vom Richter allei
Orten aber stellt der Richter die Generalinquisition an, a
excitirt, welcher den Inquisiten anklagen muß; nun wir
sion verstattet, und alsdann das Urtheil gesprochen.

(1) *Car. Beniam. von Engelen* diss. continens observa
iuris difficiliora (Groning. 1776.) cap. 2.

Abhandlung
von den
LEGIS ACTIONIBUS
und
ACTIBUS LEGITIMIS.

§. 1.

In der Lehre von den Römischen legis actionibus und den sogenannten actibus legitimis fand ich so viel Dunkelheit und Widerspruch bey den Rechtsgelehrten, daß ich mir vornahm, einmal mit Beyseitsetzung aller neuern Schriftsteller die Sache aus den Quellen zu studiren. Ich glaube, daß *meine Mühe* nicht unbelohnt geblieben ist. Freylich geben auch die Quellen *keine* völlige Befriedigung; de actionibus legis actibusve legitimis plura *dicuntur*, quam *sciuntur*, sagt Bynkershök sehr wahr und gut (*[1]). Allein sie setzen uns doch in den Stand, über die Materie etwas Richtigeres und Gewisseres zu sagen, als bisher gesagt worden ist.

§. 2.

Ich will vor allen Dingen die sämmtlichen Stellen hersetzen, wo die Ausdrücke *lege agere*, *legis actio* und *actus legitimus* vorkommen. Zuerst also die von dem Worte *legis actio*.

(1) POMPONIUS *L.* 2. §. 6. *de orig. iur.* sagt: deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent, quas actiones ne populus prout vellet institueret, certas sollennesque esse voluerunt, et appellatur haec pars *legis actiones*, i. e. *legitimae actiones*. 2) MODESTINUS *Lib.* 4. *D. de adopt.* magistratum, apud quem *legis actio est*, et emancipare filios suos, et in adoptionem dare apud se posse, Neratii sententia est. (3) MARCIANUS *Lib.* 2. §. 1. *D. de offic. Procons.* apud legatum vero Proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet iurisdictionem talem. ULPIANUS *L.* 3. *eod.* nec adoptare potest, *omnino enim non est apud eum legis actio.* (4) ULPIAN. *L.* 1. *D. de off. iurid.* adoptare quis apud iuridicum potest, quia data est ei *legis actio.* (5) CAIUS *instit. Lib.* 2. tit. 1. ap. *Schulting p. m.* 84.

In iure autem cessio fit hoc modo. Apud magistratum populi Romani vel apud Praetorem, vel apud Praesidem provinciae, is cui res in iure ceditur, rem tenens ita vindicat: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio. Deinde postquam hic vindicaverit, Praetor interrogat eum, qui cedit, án contra vindicet; quo negante aut tacente, tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit, *idque legis actio vocatur.* (6) PAULLUS *sent. recept. lib.* 2. *tit.* 25. apud *Schulting p.* 317. Apud magistratus municipales, *si habeant legis actionem*, emancipari et manumitti potest. (7) Der K. Gordian in der *L.* 1. *Cod. de adopt.* hi, qui in aliena potestate sunt, iuxta ius civile non nisi apud eum, *apud quem plena legis actio est*, adoptari possunt. (8) IUSTINIAN. *nov.* 81. *praef.* ἡ γὰρ ἡ τῆς emancipationος πρᾶξις, πάλαι μὲν ὑπὸ τὰς καλουμένας legis actionας, γινομένη μεθ᾽ ὕβρεων καὶ ῥαπισμάτων ἀπηλλαττεν αὐτοὺς τῶν τοιουτῶν δεσμῶν; in der Vulgate: nam si emancipationis actio dudum quidem, *et per eas, quae nuncupantur legis actiones*, facta cum iniuriis et alapis, liberabat eos huiusmodi vinculis, oder wie Homberg besser übersetzt: nam si emancipationis actus, qui olim inter legis actiones erat etc. (9) GELLIUS *N. A.* XVI, 10. omnis illa XII. tabularum antiquitas, nisi in *legis actionibus* centumviralium causarum consopita est.

§. 3.

Die Redensart *lege agere* kommt in folgenden Stellen vor. (10) *L.* 3. *D. de offic. Praetor.* propter utilitatem eorum, qui apud eum *egerunt* vel *lege* vel quo alio iure (11) L. 123. *D. de reg. iur.* nemo alieno nomine *lege agere* potest. (12) TERENT. *Phorm. Act.* 5. *scen.* 7. una iniuria est; *lege* agito ergo. (13) CICERO *de orator. C.* 10. *agerent* enim tecum *lege* primum Pythagorei omnes atque Democritici (14) ID. *ib. I.* 36. Alter plus *lege agendo* petebat, quam quantum lex in XII. tabulis permiserat. (15) ID. *ib. cap.* 38. cum *egisset lege* in hereditatem paternam testamento exheres filius. (16) ID. *pro Muraen. cap.* 11. posset *lege* agi, nec ne, pauci quondam sciebant. (17) IDEM *pro Caecin. c.* 33. omnes, qui in eadem causa sunt, et *lege agant*, et ius suum persequantur. (18) ID. *in Verr. lib.* 1. *cap.* 45. si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod cum non exstaret, *lege ageret* in hereditatem. (19) ID. *ib. II.* 16. quis apud istum Praetorem, Chelidone invita, *lege agere* potuit? (20) ID. *in Caecil.* 5. Quis igitur est, qui neget eorum arbitratu *lege agi*, quorum causa lex sit constituta? (21) CORNEL. NEP. *Timol.* 5. huic quidam Lamestius vadimonium cum vellet imponere, quod cum illo se *lege agere* diceret. (22) OVID *Fastor. lib.* 1. *vers.* 47. Fastus erit, per quem *lege* licebit *agi*. (23) PLAUT. *mercat. act.* 5. *sc.* 4.

Annos natus sexaginta qui erit, si quem scribimus
Seu maritum seu hercle adeo coelibem scortarier,
Cum eo nos hic *lege agemus*.

(24) Liv. *IX.* 46. Fastos circa forum in albo proposuit, ut quando l *agi* posset, sciretur. (25.a) Idem *TXVI.* 15. Fulvius praeconi im ravit, ut lictorem *lege agere* iuberet. (25,b.) Valer. Max. *lib.* 3. c *ex.* 1. Iam deligatis ad palum hostibus — ac iusso lictore *lege agi* (26) Tacit. *Annal. IIX.* 60. Divus Augustus apud equestres, qui gypto praesident, *lege agi* decretaque eorum perinde haberi iusserat, si Romani magistratus essent. (27) Plin. *hist. nat. VII.* 5. L. Papiri Praetori secundo herede *lege agente* bonorum possessionem contra e dedit. (28) Valer. Max. *lib.* 7. *cap.* 7. bonorum adolescentis possessio nem ei dedit Praetor, heredesque *lege agere* passus non est. (29) Vo piscus *in Aurelian. cap.* 14. hoc igitur, quod Cocceius Nerva in Traian adoptando, quod Ulpius Traianus in Hadriano, quod Hadrianus in An tonino et caeteri deinceps in proposita suggestione fecerunt, iam in ad rogando Aureliano, quem mihi vicarium iudicii tui auctoritate fecisti censui esse referendum. Iube igitur, ut *lege agatur*, sitque Aurelianus heres sacrorum, nominis et bonorum, totiusque iuris. (30) Ulpian *fragm. tit. II.* §. 24. Moribus tutor datur mulieri pupillove, qui cum tutore *lege aut iudicio legitimo agere vult*. (31) Ulpian. *ibid.* §. Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus, si le *aut legitimo iudicio agant*, si se obligent, si civile negotium gerant. (32) Festus *voc. religiosus* apud praetorem die nefasto *lege agere*. (33) Gell. *N. A.* XX. 19. cum *lege agitur*, et vindiciae contenduntur. (34,a) Quintilian. *instit. orat. III.* 8. In omnibus fere causis, in quibus co disse quis formula dicitur, hae sunt quaestiones, an huic, an cum ho *an hac lege*, an apud hunc, an hoc tempore liceat *agere*. (34,b.) Ta *Annal. XXIII.* 28. Simul prohibiti tribuni ius Praetorum et Consulum praeripere, aut vocare ex Italia cum quibus lege agi posset. (34,c.) L. 1. *Cod.* Theodos. de his qui a non domino manumissi sunt. (IV. 10.) Si non a dominis libertas detur municipio alieno, si quidem ab iis iudicibus impetrabitur, quibus dandi ius est, sine ulla trepidatione poena facil dissolutio est. Si vero iubentibus nobis quidquam *lege actum* esse doce tur; et non dominus, ut alienum mancipium manumitteretur petiisse et

§. 4.

Der Ausdruck *actus legitimus* findet sich nur in zwey Stellen: *L.* 77. D. *de reg. iur.* und *L.* 21. *C. de haeret.* In jener (35) schreibt Papinian Trib



Tribonian läßt ihn schreiben (denn vielleicht ist die Stell
legitimi; qui non recipiunt diem (*[1]) vel conditione
tio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, dati
vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem.
men actus supra scripti tacite recipiunt, quae aperte
adferunt: nam si acceptum feratur ei, qui sub cond
demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si o
exstiterit: quae si verbis nominatim acceptilationis co
alius momenti faciet actum. In dieser aber sagt Justi
haereticis, ubi litigandum existimaverint, concedimu
et dignos litigatoribus etiam testes introducere, e
quos Manichaeus furor, vel pagana superstitio detine
similitudine omnis *legitimus actus* interdictus est.

(1) Die Florentinischen Pandecten lesen: qui recipiunt di
gemeine Leseart, non recipiunt, richtiger sey, darüber ist v
Natürlicher ist offenbar das non recipiunt; zumal wei
Worte nonnunquam tamen actus suprascripti tacite rec

§. 5.

Nun die Resultate aus diesen Stellen. Man sieht
Alten fast immer lege agere, legis actio, nicht agere lege

(2) Daß lege agere überhaupt so viel heißt, als n
fahren. So sagt man von dem Lictor, wenn er eine Execu
agit: Liv. l. c. (n. 25. a), Valer. Max. l. c. (n. 25. l
deutung kommt es bey Seneca *controvers. IX.* 2. (*III.*
Commelin. in fol. und *lib. X. declam.* 3. *pag.* 180. vo
(n. 23. heißt lege agemus, wir wollen ihn nach den Gese

Es bedeutet aber diese Redensart (3) insonderheit ein
lung außer dem Proceß, z. E. eine Arrogation, M
Gesetzen vornehmen. So in den Stellen n. 29. und n.
Tacitus (n. 26.) geht lege agere auf solche Handlungen

(4) Meistens heißt lege agere, vor Gericht hand
Beklagter Proceß führen. S. die Stellen n. 12. 13. 14
20. 21. 22. 23. 24. 27. 28. 32. 33. 34, a. 34, b. 34, c.
Valerius Maximus n. 28. wollen zwar Einige das lege a
tem adire erklären, allein ohne allen Grund. Ob in den
31. lege agere Proceß führen, oder eine feyerliche Handl
zeige, ist zweifelhaft (*[2]).

(5) Legis actio ist eine Klageformel. Pomponiu
lius (n. 9.) (*[3]).

Kkkkkk

(6) Man versteht aber auch Geschäfte, Handlungen außer dem Pr darunter. Die cessio in iure wird, z. E. (n. 5.) legis actio genannt. Manumission, Adoption und Emancipation heißen ohne Zweifel auch l actiones. Dieß läßt sich aus den Stellen n. 2. 3. 4. 6. 7. 8. und 29. schli Es werden zwar diese drey Handlungen nirgends ausdrücklich legis acti genannt. Allein da doch a) Cajus die cessionem in iure eine legis actio nennt, b) diese Handlungen vor einem magistratu geschehen mußten, qui l actionem habebat: da es c) in der Stelle n. 29. heißt: iube, *ut lege agi* und darunter die Arrogation verstanden wird; endlich d) auch die Benen legis actio ganz gut auf diese Handlung passet: so glaube ich, daß sie a dings auch legis actiones geheißen haben, und daß man mit Ritter Bach dieses Wort nicht auf die Proceßformeln einschränken, oder beha kann, actus voluntariae iurisdictionis würden nur uneigentlich legis actio genannt (* 4).

(7) Die Redensart magistratus, apud quem est legis actio, oder pl legis actio, oder qui habet legis actionem, heißt: dieser magistratus hat heutigestags sogenannte iurisdictionem voluntariam, er kann Handlun vor sich geschehen lassen, welche die obrigkeitliche Bestätigung erfordern. S n. 2. 3. 4. 6. 7. 8. In allen diesen Stellen ist von actionibus voluntaria iurisdictionis die Rede (* 5).

(8) Gewisse Handlungen, die mancipatio, acceptilatio, heredit aditio, servi optio, datio tutoris, werden in der *L.* 77. *D. de reg. i* (S. n. 35.) actus legitimi genannt. Was heißt das?

(1) *Brisson. select. antiquit. lib.* 4. *cap.* 20. *p.* 168. *edit. Trekell.*

(2) *Brisson l. c. ibique* TREKELL, SCHULTING. *iurispr. antiiust. pag.* 62 71. IO. CANNEGIETER *ad* ULPIAN. *fragm. p.* 62. Bey n. 31. scheint indessen der Zweifel ungegründet, denn die Worte: *si se obligent, si a* negotium gerant, geben deutlich zu erkennen, daß lege agere Proceß führen he

(3) Ohne Grund behaupten Einige, z. E. SCIP. GENTILIS *de iurisdict. li cap.* 34. *p.* 144. *sqq.* das Wort legis actio habe, wenigstens in den neuern ten, allein actus voluntariae iurisdictionis angedeutet. Die Stelle bey lius zeigt das Gegentheil. Da lege agere meistens Proceß führen bedeu so ist es auch ganz natürlich, daß legis actio eine Proceßformel geheißen Uebrigens ist es freylich richtig, wie *Holtermann.* in praelect. ad tit. de O. I 23. bemerkt, daß in allen Stellen des corp. iur. (außer dem Titel de O. I.) das Wort legis actio vorkommt, von actibus voluntariae iurisdictionis Rede ist.

(4) FRID. GUIL. PESTEL *progr. de natura legis actionum* (*Rintel.* 1748.) §. *p.* 5. *sqq.* BREUNING *diss. dubia circa varias legis actionum, actuum legitimorum interpretationes* §. 9.

(5) Ritter *ad* Heinec. *hist. iur.* §. 46. glaubt, die Redensart: magistratus legis actionem habet, wolle nichts anders sagen, als iurisdictionem habet. Dieß ist unrichtig. Die aediles curules hatten Jurisdiction, aber nicht legis actionem; denn man findet nicht, daß Manumissionen, Adoptionen oder Emancipationen vor ihnen geschehen wären. Auch heißt es in der *L.* 3. *D. de offic. procons.* von dem legato Proconsulis: omnino non est apud eum legis actio, und Jurisdiction hatte er doch. Glück Pandecten, 3. Band, Seite 10.

§. 6.

Nach der gemeinen Lehre bedeutet actus legitimus ein feyerliches Geschäft, negotium sollenni formula et ritu expediendum, und es ist ein großer Streit entstanden, ob nur die fünf genannten Handlungen actus legitimi gewesen seyen (*1), oder ob die Römer mehrere dergleichen gehabt, und wie sie geheißen haben; was der wahre Character eines actus legitimi sey; ob actus legitimi und legis actiones einerley oder verschieden gewesen; in welchem Falle ein sollennes Geschäft actus legitimus, und in welchem Falle es legis actio geheißen habe 2c. (*2).

(1) Einige Vertheidiger dieser Meynung sagen sehr sinnreich, man könne die fünf actus legitimos an dem Wort MATHS behalten.

(2) Hotomann. *quaest. illustr.* 34. *p. m.* 267. *sqq. et in amicabil. respons. lib.* I. *cap.* 30. *p.* 189. *sqq.* Cuiac. *obs. lib.* 15. *cap.* 15. *p.* 515. *edit. Heinecc. et in Papiniano quaest. lib.* 28. *ad L.* 77. *de R. I. in opp postum. Tom.* I *p.* 746. *edit. Colombeti* P. Faber *Semestr. lib.* 2. *cap.* 22. 23. 24. *p.* 375. *sqq.* Ant. Faber *in iurisprud. Papinianea p.* 275. Scip. Gentil *l. c.* Lyclama *studiosor. cap.* 5. *p.* 242. Maran. *ad L.* 77. *de R. I. in opp. p.* 620. *sqq.* Huber *digress. lib.* 2. *cap.* 12. *p.* 122. Schubart *de fat. iurisprud. rom. Ex.* 2. §. 67. *p.* 334. *sqq.* Van der Muelen *ad Pompon. de O. I. p. m.* 373. *sqq.* Gravinae *orig. iur. civ. p* 30. *et* 267. *ibique* Mascov. Schulting. *iurispr. Anteiust. pag.* 85. *n* 75. Christ. Godofr. Hoffmann *diss. de indole iurisdictionis voluntariae* §. 10. *et in histor. iur. Vol.* I. *pag.* 215. Heinecc. *histor. iur. lib.* I. §. 44. *sqq. ibique* Ritter. Bach *histor. iur. p.* 221. *sqq.* Pestel *progr. cit.* (§. 5.) *p.* 7. *sqq.* Breuning *diss. cit. p. tot.* In. Io. Godofr. Bauer progr. de actibus legitimis, Lips. 1748. (in opusc. Vol. I. num. 14.) von dem ich mir viel versprach, fand ich nichts Belehrendes.

§. 7.

Mir scheint es noch gar nicht erwiesen zu seyn, daß actus legitimus eine feyerliche Handlung bedeutet habe. Daß die Römer feyerliche juristische Handlungen hatten; daß manche Geschäfte bey ihnen sollenni formula et ritu geschehen mußten, ist bekannt und unläugbar (*1). Aber hießen nur sie actus legitimi? Dieß läugne ich. Papinian versteht, wie mir dünkt, in der L. 77. weiter nichts unter diesem Ausdruck, als rechtliche, gesetzliche, juristische Handlungen: actus, a quacumque parte iuris sint introducti, wie es die



Glosse, actus per legem inventos, wie es Zasius, oder actus lege introdu tos, wie es Contius erklärt (*2). Er will also sagen: gesetzliche Handlunge welche keine Zeit oder Bedingung leiden; dergleichen die mancipatio etc.[1] sind ganz ungültig, sobald man ihnen eine Zeit oder Bedingung beyfügt. D er unter actibus legitimis feyerliche Handlungen verstehe, oder gar nur l fünf genannten für feyerliche Geschäfte erkläre, läßt sich aus seinen Worten ni schließen. Das Gegentheil erhellet vielmehr aus folgenden Argumenten:

(1) Es ist weder zu glauben noch erwiesen, daß die optio servi leg mit Sollennitäten geschehen sey. Man beruft sich zwar auf *L.* 20. *D.* de op *vel elect. legat.* und Seneca *controvers. lib.* 3. (8) *controvers.* 23. p. in *edit. Commelin.* Allein beyde Stellen erweisen nicht das mindeste (*3). E würde auch zuverlässig keinem Juristen eingefallen seyn, zu behaupten, daß optio rei legatae, oder wenigstens servi legati eine sollenne Handlung gew sen sey, wenn sie nicht die falsche Idee von actibus legitimis im Kopfe gehab hätten.

(2) Nicht jede Erbschaftsantretung geschah mit Feyerlichkeiten (*4). Nur die cretio hereditatis war eine sollenne Handlung; gleichwohl nennt doch Papinian aditionem hereditatis überhaupt einen actum legitimum. Auch daß (3) die Acceptilation mit Feyerlichkeiten geschehen sey, ist ohne Beweis angenommen (*5).

(4) Die Zeugnißablegung vor Gericht war doch gewiß kein feyerliches Geschäft, sollenni formula et ritu expediendum negotium, und dennoch heißt sie in der *L.* 21. *C. de haeret.* ein actus legitimus. Ja, sagt Cujacius, dort wird das Wort abusiv genommen. Ist aber das nicht eine offenbare petitio principii? Setzt man hier nicht voraus, daß actus legitimus im eigentlichen Verstande eine feyerliche Handlung anzeige, worüber wir doch streiten?

(5) Wenn der Ausdruck, actus legitimus, ein technisches Wort wäre, das nur von sollennen Handlungen gebraucht würde, so würde man es doch irgendwo in dieser Bedeutung finden. Allein nirgends weder im Römischen Rechtsbuche, noch anderswo, wird es in diesem Sinne gebraucht (*6).

(1) Dergleichen waren die Mancipation, Adoption, Manumission per vindictam, Emancipation; die Testamentserrichtung per aes et libram etc.

(2) *Zasius* ad L. 56. §. 8. de V. O. Opp. Tom. 3. p. 598. *Contius* ad L. 77. de R. I. Opp. p. 780.

(3) In der *L.* 20. *D. de opt. vel. elect. legat.* heißt es: apud Aufidium lib. I. rescriptum est, cum ita legatum est, vestimenta, quae volet *triclinaria* sumito, sibique habeto; si is dixisset, quae vellet, deinde antequam ea sumeret, alia se velle dixisset: mutare voluntatem eum non posse, ut alia sumeret, quia omne ius legati prima *testatione*, qua sumere se dixisset, consumm

sit. Nun sagt man, das Wort testatio gebe zu erkenne formula et ritu geschehen sey. Mit welchem Grund al ten? Seneca sagt, optio est enim, quae legitime gitime; si Praetor defuisset, num quid optionem vo der Wahl, die einer entführten Weibsperson zustand, rathen, oder mit der Lebensstrafe belegen lassen wollte. Prätor geschehen mußte, war sehr natürlich; aber we tionem *rei legatae* schließen?

(4) §. 7. *I. de hered. qualit. et diff.* Cujacius *lib.* 7. behaupten, daß auch die simple aditio hereditatis mi geschehen sey; allein *L.* 51. §. *ult. D. de A. vel O. H* sagt das gar nicht.

(5) Daß die Acceptilation keine feyerliche Handlung w daß sie weiter nichts als die Frage: habesne acceptum, erforderte; 2) daß sie nicht gerade in lateinischer Spra L. 8. §. fin. D. de acceptilat., da doch bey feyerlichen che schlechterdings nothwendig war. *Vinn.* ad §. 2. I. die Acceptilation eine feyerliche Handlung gewesen wä Stipulation gewesen seyn; diese aber war es nicht. kein sogenannter actus legitimus war, müssen die Ve Lehre zugeben, indem die Stipulation die Beyfügung verstattet.

(6) Man s. *Cassiodor.* Variar. lib. 8. n. 25., wo unter a blos eine gesetzliche Handlung verstanden wird. Daß Rede ist, verba legitima und sollennia einerley bedeu Worte, die das Gesetz vorschreibt, sind freylich auch daß *actus* legitimus deswegen auch eine feyerliche H daraus wohl nicht.

§. 8.

Einen zweyten Irrthum in dieser Lehre haben die dem sie die zwey Regeln aufgestellt haben: 1) actus legi non recipiunt diem aut conditionem, 2) non adm

Ich halte nemlich die erste dieser Regeln: actus s diem aut conditionem, nicht für allgemein wahr. W sen? Aus der *L.* 77. *cit.*? Allein dort ist von juristis feyerlichen Handlungen die Rede, wie ich vorhin zeigt ja Papinian nicht: actus legitimi non recipiunt d sondern actus legitimi, *qui* non recipiunt diem vel tum vitiantur per temporis vel conditionis adiectio actus legitimi, welche keine Zeit oder Bedingung ve wenn man ihnen dergleichen beyfügt. Dieß hat auch sc *bey* dieser Stelle bemerkt. Eine der feyerlichsten Handlu

Erbeinsetzung, und diese kann mit einer Bedingung begleitet werden. Da übrigens die fünf von Papinian genannten Handlungen die Beyfügung einer Zeit oder Bedingung nicht litten, liegt vielmehr in ihrer eignen Natur, wie Gothofred am a. O. bey einer jeden zeigt (*1). So kann man heutiges Tages keine Ehe unter einer Bedingung oder von einer gewissen Zeit an eingehen, und ohne Zweifel ging es auch bey den Römern nicht an. Der Grund liegt aber nicht darin, daß die Ehe ein feyerliches Geschäft ist, sondern in der eigenen Natur der Ehe. Was eine Ehe seyn soll, muß jetzt gleich gelten, jetzt gleich vorhanden seyn. So lang das Geschäft noch suspendirt ist durch Zeit oder Bedingung, so ist es ein Eheverlöbniß, keine Ehe (*2).

Eine Folge dieser Sätze ist, daß, ob wir gleich in Deutschland keine römischen Formeln haben, doch den in der *L.* 77. genannten Handlungen, in so weit sie bey uns noch vorkommen, keine Zeit oder Bedingung angehängt werden kann.

(1) S. auch den Commentar, §. 200. vergl. die folgende Anmerk. zur Nachschrift.

(2) Gonzalez Tellez *ad decretal. libr.* 4. *tit.* 5. *cap.* 3. Schotts Eherecht, S. 279. u. f.

§. 9.

Die zweyte Regel: actus sollennis non admittit procuratorem, hat, wenn man sie von allen in der *L.* 77. genannten, oder gar von allen feyerlichen Handlungen versteht, ebenfalls keinen Grund. Von der Erbschaftsantretung ist es wahr, daß sie durch keinen Procurator geschehen kann. Allein dieß kommt nicht daher, weil sie eine sollenne Handlung war; das war sie nicht immer, sondern die Ursache liegt in der Natur der Erbantretung. S. den Commentar §. 544. Die tutoris datio mußte ebenfalls von dem Magistratus in eigener Person geschehen, denn das Recht Vormünder zu geben, war eins von den *quae speciali lege competunt*, und diese konnte der magistratus keinem Substituten überlassen, *mandare non poterat* (*1). Ferner auctoritas tutoris mußte vom Vormunde in Gegenwart des Pupillen interponirt werden. Die Ursache habe ich im Commentar §. 207. angegeben, und es ist auch hier nicht nöthig, seine Zuflucht zu der Lehre von Feyerlichkeiten zu nehmen. Ja die Hypothese hilft nicht einmal aus. Denn es war nicht nöthig, daß der Vormund bey dem andern Paciscenten gegenwärtig war, welches doch, wenn das Geschäft ein feyerliches gewesen wäre, und dergleichen Geschäfte die Gegenwart der Interessenten erfordert hätten, erforderlich gewesen wäre. Im Gegentheil konnte die optio rei legatae, welche nach der gemeinen Lehre ein feyerliches Geschäft gewesen seyn soll, durch einen Andern als den Legatar, und daher auch ohne Zweifel durch einen Mandatar geschehen (*2). Ja, sagen die Gegner, eben

tio rei legatae kann durch einen Bevollmächtigten geschehen, nicht *optio*. Allein der Unterschied zwischen electio und optio ist erträumt; wie Gebauer (*3) zeigt. Daß auch die mancipatio durch einen Bevollmächtigten habe geschehen können, ist mir gar nicht zweifelhaft. Woher will man das Gegentheil darthun? Wahr ists, daß die Adoption, Emancipation und die sollenne Manumission per vindictam durch keinen Procurator vorgenommen werden konnten (*4). Allein dieß waren Handlungen, welche vor der Obrigkeit geschehen mußten. Von diesen läßt sich auf die in der *L* 77. angeführten Handlungen, welche privatim geschehen konnten, kein Schluß machen (*5).

Am Ende einer Abhandlung, welche der von den berühmtesten Männern angenommenen Meynung so geradezu widerspricht, dürfte übrigens die Bitte nicht unrecht angebracht seyn, die der Helmstädtische Professor Martini, oft an seine Zuhörer that: doctissimi Domini auditores, etiamsi quis demulceat barbam ad aliquot ulnas, nolite tamen ei credere propter auctoritatem, sed *quid quis dicat*, non *quis quid dicat*, attendite (*6).

(1) L. pr. D. de offic. eius cui mand. est. iurisd.

(2) L. pen. D. de opt. legat. L. 12. §. 8. D. quand. dies legator. *Lycklama* studiosor. iur. p. 236. sqq.

(3) *Gebauer* diss. de opt. vel elect legata, cap. 3. §. 1.

(4) L. 25. §. 1. D. de adopt. L. ult. C. de emancipat. L. 3. C. de vind. liber.

(5) Bey der Acceptilation, wenn sie durch einen Bevollmächtigten geschehen sollte, war es nöthig, daß dieser zuvor die Schuld durch Novation auf sich selbst übertrug. Den Grund davon suchen Einige darin, weil die Formel der Acceptilation: habesne *a me* acceptum? sonst nicht gepaßt habe. Er kann aber auch in dem alten Princip liegen: durch eine freye Person kann mir nichts erworben werden. Excepta possessionis causa per liberam personam nihil adquiri posse, indubitati iuris est, wie die Gesetzgeber L. 1. C. per quas person. nob. adquir. (IV. 27.) sagen. Wenn mir daher mein Bevollmächtigter eine Schuld durch ein *pactum* remittiren läßt, so kann ich mich mit der exceptione pacti nicht schützen. Nur exceptio doli mihi proderit, sagt Ulpian (L. 10. §. 2. de pact.), *ut Trebatio videtur*. Und diese möchte dann auch wohl Statt gefunden haben, wenn mein Procurator ohne Novation eine Acceptilation vorgenommen hätte, wiewohl bey einem solchen stricti iuris Contract die Sache mehr Zweifel hat, als bey einem pacto.

(6) OLDEKOP *tract. de appellat. in caus. criminal. num.* 30.

Nachschrift.

Mein Wunsch, daß meine in dieser Abhandlung vorgetragenen Sätze geprüft, und entweder gebilliget oder widerlegt werden möchten, ist meines Wissens von Niemand als dem Hr. Professor Reichard in Jena erfüllt worden. In

einem Programm: disquisitio, utrum actus legitimi Romanis fuerint solennes (Ien. 1788.) zeigt Er, daß das Wort legitimus zuweilen die Idee des Feyerlichen einschließe, und ich nehme meine vorige Behauptung, daß dieser Ausdruck nie etwas Feyerliches bedeute, zurück. Allein daß Papinian in der L. 77. unter actus legitimi feyerliche Handlungen verstehe, und daß den so genannten Handlungen darum, weil sie mit Feyerlichkeiten geschehen, keine Zeit oder Bedingung beygefügt werden könne, davon bin ich noch nicht überzeugt. Herr Prof. Reichard hat diesen Punct auch nur berührt, und die Ausführung auf eine andere Zeit verspart. Ich bedaure, daß diese Ausführung noch nicht erschienen ist (*).

(*) Das zu Schildner's Inauguraldissertation de donat. simpl. et remunerat. geschriebene Programm: *Ioh. Aug. Reichard.* disqu. utrum actus legitimi Romanis fuerint solemniores ad L. 77. D. de R. I. *partic. II.* Ien. 1789. enthält die erwähnte weitere Ausführung. Sie kam freylich für unsern Verfasser zu spät, so wie er selbst der Wissenschaft zu früh entzogen ward. Gegen die von ihm vorgetragenen Sätze wird darin erinnert, daß aus der ganzen Fassung cit. L. 77. nicht füglich anders abzunehmen sey, als daß *actus legitimi* feyerliche Handlungen andeuten, daß besonders, wenn diese *actus* schon ihrer Natur nach von Zeit und Bedingungen nicht abhängig gemacht werden könnten, sie auch eben so wenig eine stillschweigende Zeitbestimmung oder Bedingung zugelassen haben würden, und daß endlich kein Grund vorhanden seyn würde, warum der bloße Ausdruck einer Bedingung, die schon stillschweigend in dem Geschäfte selbst liege dieses dennoch ungültig gemacht haben sollte, wie doch Papinian in dem angeführten Gesetze ausdrücklich behauptet, wenn solches nicht offenbar eine Folge der mit der Handlung verbundenen Feyerlichkeit gewesen wäre. Es ist nicht zu läugnen, daß besonders das letztere Argument hier von großer Wichtigkeit sey. Noch einige Bemerkungen über diese Untersuchung finden sich in der Recension des erwähnten Programms bey Hübner u. Tittmann Jurist. Bibliothek III. 62. ꝛc. W.

Erstes

Erstes Register.

Titel der Institutionen nach alphabetischer Ordnung.

N.

O.

P.

Q.

R.

S.

T.

V.



Zweytes Register.

Ueber die Materien.

Die erste Ziffer ist die Zahl der Paragraphen, die zweyte bedeutet die Seitenzahl.

A.

B.

Caution,

D.

E.

F.

Fiscus

G.

H.

J.

Nnnnnnn 2

K.

Lite-

N.

Q.

R.

S.

Schiedo-

T.

U.

V.

